22 June 1917

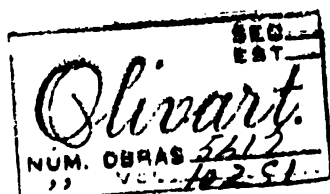
DIONISIO ANZILOTTI

PROFESSORE DI DIRITTO INTERNAZIONALE NELLA R. UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

IL DIRITTO INTERNAZIONALE NEI GIUDIZI INTERNI

BOLOGNA

DITTA NICOLA ZANICHELLI

1905

Sul contenuto e sull'indole del lavoro che qui pubblico non mi pare che occorra premettere spiegazioni: il lettore vedrà facilmente da sè a quale intento è diretto e con quali criteri ho cercato di condurlo per l'ordine e lo svolgimento. Noterò soltanto, che sebbene la trattazione dell'argomento trovi la sua preparazione in recenti studi fatti in Germania, e sopratutto in quelli, veramente fondamentali, del Triepel sui rapporti fra il diritto internazionale e l'interno, tuttavia è la prima volta che si cerca di svolgerlo in un'esposizione monografica, ordinandolo sistematicamente ed approfondendo le molteplici questioni che vi si collegano. Vorrei sperare perciò che il lavoro non fosse privo d'interesse scientifico, ed anche poi riuscisse di pratica utilità; tanto più che la funzione degli organi giudiziari interni nell'applicare il diritto internazionale rappresenta proprio, se così posso esprimermi, il mezzo con cui quotidianamente si esplica l'efficacia del diritto internazionale fuori del campo suo proprio, in contatto immediato con le altre parti della giurisprudenza. Oso pur dire che il presente lavoro non si rivolge esclusivamente ai cultori del diritto internazionale; e soggiungo che so benissimo quanto, anche

per questo motivo, devo fare assegnamento sull' indulgenza dei lettori.

*

Alcune osservazioni invece ho bisogno di fare sulla parte estrinseca del lavoro.

La questione trattata è così generale, che trova necessariamente occasione ad applicazioni e controversie in molti argomenti del diritto internazionale, assai diversi fra loro; e il metodo da me adottato nell' ordinare la materia, in corrispondenza ai criteri fondamentali che ne informano lo svolgimento, ha reso necessario di esaminare i singoli argomenti e le varie questioni da diversi punti di vista e ripetutamente nel corso del lavoro, quando, cioè, per eliminare dal campo del mio studio ciò che a torto vi si fa rientrare, e quando per applicare i risultati positivi conseguiti nell' indagine generale del problema. Ho posto alla fine del libro un indice alfabetico delle materie, che permetterà al lettore di avvicinare più facilmente i vari argomenti e di raccoglierli nell' unità che proviene dal punto di vista, sotto cui vengono qui considerati.

Quanto alla parte bibliografica, poichè le vicende della mia vita universitaria mi hanno costretto a svolgere questo tema successivamente in luoghi diversi, non mi è stato possibile far sì che non ne risenta, in qualche modo, l' influenza. Le sentenze, specialmente italiane, sono indicate in base ad un numero di raccolte maggiore di quello che sarebbe stato strettamente necessario, se avessi potuto averle tutte contemporaneamente a mia disposizione. E le opere più antiche non

sono sempre citate dalla stessa edizione: ho adottato, per esse, un modo di citazione indipendente dalle singole edizioni; ma quando mi è parso necessario od utile indicare esattamente la pagina, ho indicato anche quell'edizione a cui si riferisce. Lo stesso ho fatto quelle pochissime volte, in cui ho dovuto, anche per opere moderne, valermi di un'edizione diversa da quella, alla quale si riferiscono citazioni anteriori.

Frutto di studi iniziati prima del mio ingresso nell'insegnamento universitario e proseguiti negli anni di questo, il libro che ora pubblico mi ha fornito materia a due prolusioni. La prima, un'esposizione riassuntiva dei principî fondamentali che trovano qui il loro svolgimento, fu tenuta nell'università di Palermo il 19 gennaio 1903; l'altra, sul problema del diritto internazionale privato in relazione al contenuto ed al sistema del diritto internazionale (corrispondente ad una parte del capitolo secondo del libro), nell'università di Bologna il 16 gennaio 1904. Le due prolusioni però compariscono qui in veste affatto mutata, fuse fra loro e coordinate all'indole ed agli sviluppi propri di un lavoro di tutt'altra natura. Ne è quindi scomparso tutto che, nell'una e nell'altra, era dell'occasione. Sicchè avrei potuto anche non farne cenno, se, oltre a consegnare qui con esse i cari ricordi che quelle due date rappresentano, io non ne avessi pur modo a rinnovare e suggellare in questa forma l'adempimento di gratissimi, alti doveri.

Attestare, anzitutto, la mia viva soddisfazione a che il

risultato di un concorso mi abbia fatto appartenere all'università di Palermo; e ripetere il reverente saluto alla memoria del mio predecessore nell'insegnamento del diritto internazionale colà, il prof. Francesco Agnetta Di Gentile, che al valore scientifico univa, per unanime dichiarazione di coloro che lo ebbero maestro e collega, doti di valentissimo insegnante.

Esprimere poi, e soprattutto, la mia profonda gratitudine alla facoltà giuridica dello Studio di Bologna, che, chiamandomi con voto unanime, tanto più caro quanto a me inatteso, alla sua cattedra di diritto internazionale, ha dato alla mia modesta operosità scientifica tale compenso, che basta ad abbellirmi ormai tutta la vita. Ed un saluto speciale di gratitudine e di reverenza qui nuovamente rivolgere all'insigne maestro, cui sono fiero di succedere in questa cattedra da Lui lungamente illustrata, il prof. Domenico Mantovani Orsetti, che prima ancora di conoscere avevo imparato ad apprezzare e ad amare, e che ora considero una vera e speciale fortuna avere pur sempre a me stesso ed ai giovani guida amorosa e dotta anche in quest'ordine di studi, ai quali, pur tenendone l'insegnamento per incarico, mostrò ognora di rivolgersi con predilezione non minore che pel diritto amministrativo, da Lui professato.

Bologna, nel marzo del 1905.

DIONISIO ANZILOTTI

INDICE DEI CAPITOLI

CAPITOLO PRIMO

I fattori storici e razionali del problema.

Se il diritto internazionale sia suscettivo d'applicazione da parte degli organi giudiziari dei singoli stati, e quale, in genere, sia la posizione del giudice di fronte ad esso, è problema che ad un'importanza pratica evidente congiunge un alto significato scientifico, per lo stretto rapporto in cui si trova con le questioni fondamentali di questa disciplina. E tale rapporto, che senza dubbio conferisce all'argomento la sua peculiare attrattiva, ne rappresenta in pari tempo la maggiore difficoltà, perchè vi riflette tutta la nebulosità e l'incertezza, che ancora avvolgono le premesse sistematiche e le stesse basi del diritto internazionale. Difficoltà accresciuta poi in modo singolare dalla mancanza quasi completa di un'adeguata discussione scientifica. Un solo aspetto o punto speciale dell'argomento, per la sua frequente e quasi quotidiana ricorrenza nella pratica, ha dato luogo a discussioni numerose ed importanti, l'applicazione giudiziaria dei trattati internazionali [1]; ma il problema nel suo complesso, base e

---

[1] Poichè l'argomento dovrà essere, a più riprese, oggetto del nostro esame, mi astengo dall'indicare qui la ricca giurisprudenza e la bibliografia che lo riguardano. Manca del resto, anche su questo punto, una trattazione monografica completa: il materiale scientifico, a prescindere da brevi articoli o note giurisprudenziali, trovasi tutto in trattati d'indole generale, e non tanto in quelli che studiano l'argomento dal punto di vista del diritto internazionale, quanto in quelli che lo studiano dal punto di vista del diritto interno. Ciò non

premessa indispensabile alla retta soluzione di ogni questione particolare, è rimasto anche in quella discussione quasi sempre completamente trascurato, onde, piuttosto che ricavarne sussidî di molta importanza, ci accade di dover sottoporre ad una rigorosa revisione critica le conclusioni a cui è pervenuta. All'infuori, poi, di questo contributo, necessariamente scarso ed imperfetto, troviamo quasi esclusivamente delle proposizioni generali, che affermano o negano, ma poco dimostrano e punto, o quasi punto, approfondiscono il problema (1); e sol-

---

vuol dire, giova notarlo subito a scanso di equivoci, che l'argomento non riguardi direttamente anche il diritto internazionale; tutt'altro, e ne vedremo tosto le prove. Piuttosto vi ravviserei una delle molteplici conseguenze di quel difetto di produttività della nostra disciplina, che lamentava giustamente e autorevolmente L. v. STEIN in un articolo, scritto vari anni or sono, le cui considerazioni su questo punto mi permetto di raccomandare anche oggi all'attenzione dei cultori del diritto internazionale. (*Einige Bemerkungen über das internationale Verwaltungsrecht*, nel *Iahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirthschaft* di G. SCHMOLLER, N. F. vol. VI, 1882, pag. 396 e seg.). Vedi anche, a questo proposito, F. TEZNER, *System der subjectiven öffentlichen Rechte von prof. dr. Georg Jellinek,* nella *Zeitschrift für das Privat-und öffentliche Recht der Gegenwart von* C. S. GRÜNHUT, vol. XXI, 1894, pag. 229: « *Die Jurisprudenz des Völkerrechts ist weniger in den Handbüchern des Völkerrechtes als in der Literatur des Staats-und des internationalen Privat-und Strafrechtes zu suchen* ».

(1) Le osservazioni che s'incontrano comunemente nei trattati e nei manuali della nostra disciplina intorno al valore ed all'importanza della giurisprudenza interna per il diritto internazionale, hanno un rapporto molto secondario ed estrinseco col problema che è oggetto del nostro studio. Questo, infatti, esamina il significato del diritto internazionale per il giudice interno, mentre quelle esaminano il significato delle sentenze pronunziate dal giudice interno per il diritto internazionale. Si può osservare però che, a tutto rigore, questo secondo aspetto dell'argomento presuppone il primo, perchè una retta valutazione dell'importanza e del significato della giurisprudenza interna di fronte al diritto internazionale non è possibile, se prima

tanto in due recentissimi scrittori la trattazione si avvia ad un piano più completo ed organico, rimanendo però ancor

non siasi determinata la possibilità che questo diritto riceva applicazione nelle decisioni dei tribunali interni, ed i limiti ed il modo di quest'applicazione. Chè, anzi, possiamo asserire con ogni sicurezza, che le idee confuse ed incerte e i giudizî spesso discordanti, che ognuno può facilmente notare in questa pagina della nostra scienza, mettono capo appunto alla mancanza di concetti sicuri intorno al problema fondamentale, che mi. sono proposto di studiare. In ogni modo, poichè le osservazioni di questi scrittori includono un'affermazione più o meno chiara e precisa dell'applicabilità del diritto internazionale da parte degli organi giudiziari interni, giova indicarne subito alcuni fra i più importanti: F. v. HOLTZENDORFF, *Einleitung in das Völkerrecht*, nel volume primo del *Handbuch des Völkerrechts* (*auf Grundlage europäischer Staatspraxis herausg. von* F. v. HOLTZENDORFF), Berlin 1885, pag. 25 seg. 120 seg.; PRADIER FODÉRÉ, *Traité de droit international public européen et américain suivant les progrès de la science et de la pratique contemporaines*, vol. I, Paris 1885, pag. 90; F. DE MARTENS, *Traité de droit international, trad. par* A. LEO, vol. I, Paris 1883, pag. 253 e seg.; A. ALCORTA, *Tratado de derecho internacional,* vol. I, Buenos Ayres 1878, pag. 475 e seg; C. CALVO, *Le droit international théorique et pratique*, 4ª ediz., vol. I, Paris-Berlin 1887, pag. 163; L. RENAULT, *Introduction à l'étude du droit international,* Paris 1879, pag. 43 e seg.; LESEUR, *Introduction à un cours de droit international public*, Paris 1893, pag. 22 in nota; PERELS, *Internationales öffentliche Seerecht*, Berlin 1882, pag. 13; DESPAGNET, *Cours de droit international public,* 2ª ediz., Paris 1899, pag. 45, 69 e seg.; FIORE, *Trattato di diritto internazionale pubblico*, 3ª ediz., Torino 1887, vol. I, pag. 148; ULLMANN, *Völkerrecht*, Freiburg i. B. 1898, pag. 36; W. BEACH LAWRENCE, *Commentaires sur les éléments du droit international et sur l'histoire des progrès du droit des gens de H. Wheaton,* Leipzig 1868-1880, vol. I, pag. 118 e seg., IV, pag. 321; OLIVI, *Manuale di diritto internazionale pubblico e privato*, Milano 1902, pag. 19; RIVIER, *Principes du droit des gens*, Paris 1896, vol. I, pag. 35 e seg.; GAREIS, *Institutionen des Völkerrechts*, 2ª ediz., Giessen 1901, pag. 38; HEFFTER, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart,* 8ª ediz. curata da GEFFCKEN, Berlin 1888, pag. 24 e seg.

L'importanza attribuita dalla giurisprudenza inglese ed americana

molto lontana dalle esigenze della dottrina e della pratica, perchè in uno di questi, il Triepel, essa si restringe, di pro-

alla sentenza del giudice nella formazione del diritto consuetudinario (vedi l'esposizione delle varie teorie in J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or the philosophy of positive law*, 5ª ediz. by R. CAMPBELL, London 1885, vol. II, pag. 538 e seg.; confr. vol. I, pag. 101 e seg.), insieme al modo onde essa intende e rappresenta il rapporto fra il diritto interno e internazionale (*international law is a part of the law of the land*), hanno fatto sì che quest'aspetto della questione sia particolarmente considerato da varî di quelli scrittori, i quali vi si fermano appunto per sostenere, che se il diritto internazionale viene applicato dai giudici, non gli si può rimproverare la mancanza di positività e di sanzione: così R. PHILLIMORE, *Commentaries upon international law*, 3ª ediz., vol. I, London 1879, pag. 55 e seg.; AMOS, *Systematic view of the science of Jurisprudence*, London 1872, pag. 393 e seg.; WHARTON, *Commentaries on law*, Philadelphia 1884, passim. e specialm. pag. 52 e seg., 188 e seg., 194, 363, ecc.; KENT, *Commentaries on american law*, 14ª ediz., Boston 1896, pag. 19; WOOLSEY, *Introduction to the study of international law*, 6ª ediz., New York 1891, § 228. Un libro speciale, diretto proprio allo scopo di dimostrare la positività del diritto internazionale per virtù della sanzione che riceve nelle decisioni giudiziarie, è quello di PITT CORBETT, *Leading cases and opinions on international law*, London 1885, (si veda specialm. la prefazione), al quale, per il materiale importante che contiene, mi riferirò più volte nel seguito di questo studio.

Riguardano, invece, veramente e direttamente il problema che è oggetto del nostro studio, e vanno perciò rammentate a parte, le brevi proposizioni di HÖLDER, *Pandekten*, Freiburg 1891, pag. 82; JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg i. B. 1892, pag. 314; GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, vol. I, Leipzig 1895, pag. 214; ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, vol. I, Leipzig 1897, specialmente a pag. 74 e seg., 308 e altrove; F. v. LISZT, *Das Völkerrecht systematisch dargestellt*, 2ª ediz. Berlin 1902, pag. 7; L. v. BAR, *Das internationale Privat-und Strafrecht*, Hannover 1862, pag. 56, 410; LOEWE E., *Die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich*, 4ª ediz., Berlin 1884, pag. 390; OLSHAUSEN J., *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlin 1880, pag. 55 e seg. Incidentalmente, ma più diffusamente, ne tratta il MATTERSDORF, *Rechtliche*

posito, del resto, ed in armonia con lo scopo dell'opera, di cui è semplicemente un'appendice, all'enunciazione di alcuni criteri generali in rapporto con le disposizioni del diritto procedurale germanico [1]; e nell'altro, il Kaufmann, le non brevi pagine dedicate al tema nostro, viziate da una concezione intrinsecamente erronea ed anti-scientifica, perchè anti-positiva, del diritto internazionale, sono piuttosto una dimostrazione dell'insufficienza teorica e pratica di quelle idee, che un contributo serio all'analisi ed alla soluzione del problema [2]. I

Beurtheilung der Erledigung eines Falles von Verletzung fremder Gebietshoheit, nella *Zeitschrift für internationales Privat-und Strafrecht* pubblicata da F. Böhm, vol. II, Erlangen 1892, pag. 553 e segg.

(1) H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht,* Leipzig 1899, § 18. (*Anhang. Die Anwendung des Völkerrechts im Landesgericht*, pagine 438-447). È però doveroso notare che questo scrittore ha concorso efficacemente a porre in chiaro le premesse necessarie di una retta soluzione del problema: tutto il suo libro, anzi, ne è una dimostrazione; cosicchè l'importanza che esso presenta per questo studio è maggiore, in realtà, di quella che potrebbe apparire a chi si limitasse a considerare il breve contributo diretto, che ha apportato nelle pagine testè citate.

(2) W. Kaufmann, *Die Rechtskraft des internationalen Rechtes und das Verhältniss der Staatsgesetzgebungen und der Staatsorgane zu demselben,* Stuttgart 1899, cap. IV: *Die Rechtsanwendung internationalen Rechtes* (§§ 23 e segg.). Il concetto fondamentale di questo scrittore, consistente nell'ammettere un ordine giuridico positivo internazionale, i cui soggetti sono, in pari tempo, gl'individui e gli stati (vedi specialm. i §§ 1 e 2) e che viene perciò applicato concorrentemente da organi giudiziari internazionali ed interni (vedi specialmente i §§ 3, 23 e segg.), rappresenta, a mio parere, una conciliazione impossibile e assurda fra due concezioni del diritto opposte ed incompatibili, e muove da una falsa idea della norma giuridica e del diritto subiettivo. Un esame critico non sarebbe qui nè opportuno nè possibile; ma dal seguito di questo studio apparirà chiaro il pensiero che lo scrivente oppone a questo del Kaufmann, e in specie il modo onde esso intende i rapporti fra le forze sociali produttrici del diritto e la *posizione formale* del diritto medesimo; rapporti che

precedenti storici e gli elementi razionali, che valgono a spiegarne l'aspetto ed il contenuto, più che in uno svolgimento d'idee o di dottrine relative a questo tema particolare, vanno perciò ricercati negli indirizzi generali e nei presupposti teorici del diritto internazionale, da cui il problema direttamente desume la sua ragion d'essere ed il suo particolare significato; e questo, appunto, mi propongo di fare nel presente capitolo.

L'influenza esercitata dalle teorie filosofiche del diritto naturale sulla nostra disciplina, che fin dal suo primo sistemarsi in organismo scientifico (¹) ebbe con esse così intime e costanti relazioni, si manifesta più specialmente in due concetti, i quali, intimamente legati, per la loro stessa natura, con tutto il sistema di principî che compongono il diritto internazionale, hanno spiegato, avvertita o no, la loro efficacia in un gran numero di problemi particolari, il nostro fra questi, concorrendo direttamente a determinarne l'aspetto e lo svolgimento concreto. Essi riguardano, da un lato la fonte delle norme giuridiche internazionali, dall'altro i subietti dei corrispondenti diritti e doveri.

Sulla base del razionalismo, che riconosceva alla ragione piena facoltà di penetrare l'essenza delle cose (²), le teorie del

---

costituiscono il vero *punctum pruriens* di ogni sistema scientifico, ma dei quali invano si cercherebbe, in questo libro del KAUFMANN, un'idea chiara e sicura.

(¹) Si vedano, su questo punto, le splendide dilucidazioni di H. SUMNER MAINE nell'*Ancient Law*, 12ª ed, London 1888, pag. 96 segg., e nell'*International Law*, London 1888, pag. 16 segg.

(²) Non senza ragione parlo dell'influenza esercitata sulla concezione scientifica del diritto internazionale dalla dottrina del diritto naturale nel solo periodo che segue all'organizzazione sistematica della materia, e quindi nel periodo post-Groziano. Non già perchè nel periodo anteriore, cui studî recenti hanno giustamente rivendicato tanta importanza, manchi il rapporto fra le trattazioni più o meno frammentarie ed indeterminate delle regole del diritto internazionale

diritto naturale, quali almeno si vennero profilando nella cultura filosofico-giuridica del secolo XVIII [1], riuscivano a

---

ed il concetto del gius di natura; ma perchè le idee che interessano il nostro studio, e di queste sole mi occupo nelle pagine seguenti, non sono tanto la conseguenza della contrapposizione di un diritto naturale al diritto positivo, quanto della forma che questa contrapposizione assunse nel razionalismo filosofico, che si svolse più tardi e toccò nel secolo XVIII il suo apogèo. Nel periodo pre-Groziano incomincia a delinearsi la formazione di quest'indirizzo filosofico, senza applicazioni immediate al diritto internazionale, per opera specialmente di scrittori protestanti tedeschi, Oldendorp *(Iuris naturalis, gentium et civilis εἰσαγωγή*, ed. critica di C. v. Kaltenborn nell'opera citata sotto, 2 Abth. pag. 3-25), Hemming (*De lege naturae apodictica methodus concinnata*, ibid. pag. 26-44), Winkler (*Principiorum iuris libri quinque,* ibid. pag. 45-148), mentre nei canonisti e moralisti cattolici la tradizione aristotelica e scolastica mantiene allo studio di questi problemi un carattere più analitico e positivo. Non è, credo, azzardato dire, e non mancherebbero prove concrete a conforto di quest' opinione, che dei due principî su cui si fondò il sistema di Grozio, e che insieme ne costituirono la forza e il successo, il concetto dello *ius naturae* deriva prevalentemente dai primi, mentre dai secondi, e in specie dal Suarez, discende il concetto dello *ius voluntarium.* Salvo la unilateralità degli apprezzamenti, questa contrapposizione fra i due indirizzi nel periodo anteriore a Grozio è assai bene illustrata da C. v. Kaltenborn, *Die Vorläufer des Hugo Grotius auf dem Gebiete des ius naturae et gentium sowie der Politik im Reformationszeitalter,* Leipzig 1848, specialm. pag. 185 seg. 201 seg. Confr. E. Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, München und Leipzig 1898 (3 Abth.), pag. 4 e segg.

[1] L'evoluzione storica delle dottrine, cui si accenna nel testo, ossia il passaggio progressivo dall'empirismo, che contraddistingue le prime scuole del diritto naturale, al razionalismo della *Aufklärung*, che trionfa quasi in tutta Europa nella seconda metà del secolo decimottavo (vedi Landsberg, *op. cit.*, cap. X, pag. 363 segg.), e la trasformazione del *Naturrecht* nel *Vernunftrecht*, già delineata imperfettamente, ma con felice intuito della verità da H. Lintz (*Entwurf einer Geschichte der Rechtsphilosophie mit besonderer Rücksicht auf Socialismus und Communismus*, Danzig 1846), e ricondotta con profonda

costruire un ordine giuridico razionale, dedotto con necessaria catena di logiche conseguenze, *continuo ratiocinationis filo* secondo la frase wolfiana, dall'essenza invariabile della ragione e dell'umana natura, quindi universale, necessario, valevole indipendentemente dalle condizioni variabili del tempo e dello spazio, forma ideologica di obiettivazione dell'incondizionale e dell'assoluto.

E non soltanto alcuni principî fondamentali o capisaldi di un ordine giuridico, cui l'esperienza e la storia fornissero poi la materia degli atteggiamenti concreti; imperocchè, riconosciuta alla ragione la facoltà di comprendere il reale nel suo essere e nella sua necessità, ne seguiva che le proposizioni ch'essa veniva formulando avessero in sè stesse, per logica di cose, il motivo del loro valore assoluto: ed infatti le costruzioni ideologiche del diritto naturale, nonchè accennare ad ulteriori determinazioni o complementi in una serie di concrete attinenze col mondo sensibile, si annunziano come costituenti tutto il diritto e sole, a rigore, meritevoli di questo nome [1]; finchè, nelle ultime elaborazioni di quei sistemi, la

---

analisi alle sue premesse intellettuali da F. Stahl *(Geschichte der Rechtsphilosophie,* Tübingen 1878, specialm. lib. 3, sez. 3, cap. 3), è stata ora più completamente messa in chiaro da K. Bergbohm, *Iurisprudenz und Rechtsphilosophie,* I, Leipzig 1892, pag. 160 e seg. Vedasi anche I. Petrone, *La fase recentissima della filosofia del diritto in Germania; analisi critica poggiata sulla teoria della conoscenza,* Pisa 1895, pag. 219 e seg. Per non moltiplicare inutilmente le citazioni, dichiaro una volta per tutte che le discussioni filosofico-giuridiche, più spesso accennate che svolte nelle prime pagine di questo capitolo, si valgono appunto dell'analisi storico-critica degli scrittori testè citati.

[1] Sullo svolgimento progressivo di questa tendenza nella scuola del diritto naturale, e sul modo onde essa giunse, attraverso vivaci contrasti facilmente spiegabili, a costruire un completo sistema di diritto, desunto dalla ragione e contrapposto, come tale, al diritto positivo in tutte le più particolari e concrete determinazioni, vedasi specialmente O. Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien,* Breslau 1880, pag. 272 e segg., 297 e segg. e specialm. 302-3. A quali singolari risultati si dovesse riu-

ragione non tanto penetra, quanto crea, *ex nihilo sui*, l'essenza del diritto e della giustizia, ridotta in tal modo ad una pura causalità logica (¹).

---

scire non è difficile immaginare: basti, fra tanti, un solo esempio, D. NETTELBLADT, che costruisce un sistema di diritto naturale perfettamente parallelo a quello del diritto positivo, sino a formulare un *diritto naturale feudale!* (*Systema elementare universae iurisprudentiae naturalis* ecc.; *Systema elementare universae iurisprudentiae positivae* ecc.; ap. LANDSBERG, *op. cit.*, pag. 288 e segg., pag. 195 e segg. del volume corrispondente di note). Ma nel diritto internazionale, per ragioni che sarebbe superfluo spiegare, questa tendenza trionfa più presto e più completamente: così il PUFENDORF, che, sotto l'influenza della teoria di HOBBES, considera il diritto naturale come un diritto incompleto e ne fa dipendere il valore nello stato dalla sanzione sovrana (*Elementa iurisprudentiae universalis* I, 12, § 6, *De iure naturae et gentium* VII cap. 8 e seg, *De officio hominis et civis sec. leg. nat.* II, cap. 9, § 12), svolge poi un completo sistema di diritto delle genti, desumendolo dalla legge naturale e negando addirittura, in questo campo, l'esistenza di un diritto positivo. (*Elementa*, §§ 24, 26, *De iure nat. et gent.* II, 3, § 23). È però giusto notare che l'erroneità di questo processo logico era stata già avvertita nel seno stesso di quella scuola; così, ad esempio, dal FREDERSDORFF (*System des Rechts der Natur* ecc., 1790, pag. VIII) e dal HUGO (*Lehrbuch des Naturrechts*, 1819, § 6).

(¹) Le citazioni sarebbero qui facilmente moltiplicabili, poichè il concetto accennato nel testo si ritrova, sotto varie forme, in quasi tutti gli scrittori dell'ultimo periodo del diritto naturale. Per non parlare dei grandi rappresentanti di questo momento storico, come il KANT (*Sämmtliche Werke*, vol. 9, pag. 57) ed il FICHTE (*Sämmtliche Werke*, vol. 3, pag. 53), si vedano, ad esempio, fra i tanti; HENRICI, *Ideen zu einer wissenschaftlichen Begründung der Rechtslehre*, vol. II, pag. 178 e seg.; TIEFTRUNK, *Ueber Recht und Staat*, parte I, pag. 17, 21 ecc.; *Philosophische Untersuchungen über das Privat-und öffentliche Recht*, parte I, pag. 95, 107 ecc.; RÖDER, *Grundzüge des Naturrechts*, pag. 62; FEUERBACH, *Kritik des natürlichen Rechts*, pag. 261; STÖCKHARDT, *Die Wissenschaft des Rechts oder das Naturrecht*, pag. 28 e seg. ed altri, le cui opinioni sono raccolte nel libro di A. STEUDEL, *Philosophie im Umriss*, parte 2ª, sez. 3ª, Stuttgart 1884, pag. 34 e segg. Sul fonda-

Ma se il diritto è un ordine ideale di relazioni, affermato con piena ed indiscutibile competenza, o creato, dalla ragione, ne segue l'unità intrinseca e sostanziale dell'ordine giuridico in tutte le sue parti. Un diritto dato dalla ragione o dalla natura, che esiste e si afferma indipendentemente dall'umana volontà, domina nello stesso modo ogni ordine di relazioni. La ragione, che è l'assoluto vero, non può trovarsi in contrasto con sè medesima ed affermare qui come diritto ciò che in altro campo non è tale: dalla speculazione razionale di una giustizia universalmente valevole e categoricamente imperiosa, segue, per logica conseguenza, l'unità e l'universalità dei principî giuridici. Le differenze sono concepibili appena nel campo materiale dei rapporti di fatto, a cui il diritto si applica; ma questo è unico nella sua essenza, nella sua fonte, ed altresì nelle sue determinazioni concrete [1].

In tal modo si veniva preparando e svolgendo un concetto, che doveva predisporre le menti a non vedere o trascurare le differenze fra le fonti delle norme giuridiche internazionali e quelle delle norme giuridiche interne. Spostato il punto essenziale della formazione del diritto dalla volontà alla natura, affermata, in ogni caso, la precedenza e la prevalenza di questa su quella, si offusca necessariamente o si perde il giusto criterio del valore di una distinzione, la quale, avremo occasione di vederlo più volte, prima ancora che dalla diversa specie dei rapporti regolati, discende dalla diversa volontà che da vita all'una ed all'altra categoria di norme. Le esigenze della giustizia assoluta valgono nello stesso modo per i rapporti

---

mento di questa teoria filosofico-giuridica, che risiede, com'è accennato nel testo, nelle idee gnoseologiche di quella scuola, vedi in particolare Lasson, *System der Rechtsphilosophie,* Berlin und Leipzig 1882, pag. 37, 193, 211, 232 e altrove.

[1] La derivazione logica di questo concetto dalle premesse del razionalismo idealistico, che ammette la varietà dei rapporti e delle condizioni umane fuori della ragione, ma ritiene che il giusto si trovi soltanto e sempre nella semplice regola razionale, è ottimamente illustrata dallo Stahl, *op. cit.*, sez. 4ª, cap. 1.

degli individui e per quelli delle aggregazioni umane; e la norma, che queste esigenze esprime ed afferma è quindi in ogni caso la stessa norma, la stessa esigenza della giustizia ideale eterna, che ha in sè la sua ragion d'essere e che, appunto per questo, s'impone così alla condotta degl'individui come a quella degli stati (1).

(1) Sotto questa forma di un parallelismo fra le norme che governano i rapporti degli individui e quelle che presiedono ai rapporti tra gli stati, o sotto la forma più generale di considerare il diritto delle genti come il diritto di natura applicato alla società degli stati, il concetto delineato nel testo s'incontra frequentemente in scrittori antichi e moderni. Vedansi ad esempio: A. GENTILI, *De iure belli*, lib. I, cap. 1; T. HOBBES, *Elementa philosophica de cive*, cap. 14, § 4, *Leviathan*, II, cap. 30; S. PUFENDORF, *Elementa*, I, § 24 e seg., *De iure naturae et gentium*, II, cap. 3, § 23, *De officio hominis et civis*, I, cap. 3; C. THOMASIUS, *Institutiones iurisprudentiae divinae*, III, cap. I, § 46 e segg., cap. 8 e seg.; J. G. HEINECCIUS, *Elementa iuris naturae et gentium*, § 21 e seg.; C. WOLFF, *Institutiones iuris naturae et gentium*, §§ 977, 1088 e altrove; E. VATTEL, *Droit des gens*, prefaz., cap. I, e come esempio vedansi i §§ 140-151; J. J. BURLAMAQUI, *Iuris naturalis elementa*, cap. 6, § 5, *Principes du droit politique*, vol. II, pag. 1 e seg. dell'edizione di Amsterdam, 1751; G. M. LAMPREDI, *Diritto pubblico universale ossia diritto di natura e delle genti*, parte 3ª proemio, ecc. E fra i più recenti: H. C. v. GAGERN, *Kritik des Völkerrechts*, Leipzig 1840, pagg. 22, 37 e segg.; J. LORIMER, *Institutes of the Law of Nations*, vol. I, Edimburgh and London 1883, pag. 1 e seg., ecc. Ma il concetto non ha avuto fortuna soltanto nel campo scientifico: sono in buona parte fondati sopra di esso anche i celebri trattati di neutralità armata del 1780. Vedasi ad esempio la *convention maritime entre la Russie et le Danemark à Copenhague le 9 Juillet 1780* (ap. MARTENS, *Recueil des traités*, tomo III, pag. 189 e segg.), art. III: « La contrebande déterminée et exclue du com-
« merce des nations neutres en conformité des traités et stipulations
« expresses subsistantes entre les Hautes Parties Contractantes et les
« Puissances en guerre, et nommément en vertu ecc. ecc. LL. MM. ecc.
« entendent et veulent que tout autre trafic soit et reste parfaitement
« libre. Leurs Majestés, après avoir déjà réclamé dans Leurs décla-
« rations faites aux Puissances belligérantes, *les principes généraux*

Nello stesso tempo quei sistemi filosofico-giuridici, pel modo onde concepivano il rapporto fra l' assoluto della ragione ed il relativo dell' esperienza, fra il diritto razionale o naturale e le forme imperfette e caduche del diritto vigente, postulavano l' intrinseca obbligatorietà del precetto giuridico dalla stessa obiettività del criterio razionale, e quest' intrinseca e connaturata obbligatorietà conferivano alle disposizioni e determinazioni storiche del diritto, forme e mezzi onde l' assoluta giustizia si traduce nei fatti transeunti e relativi, dando loro in certo modo il *titulus iuris* e chiamandole a partecipare della stessa suprema legittimazione dell' assoluto giuridico. Perchè, se la ragione ha penetrato l' essenza immutabile della umana natura e ne ha desunto un intero sistema di determinazioni giuridiche, queste costituiscono il vero diritto, e la legge, il diritto positivo, in sè considerato, non è che un fatto,

---

« *du droit naturel, dont la liberté du commerce et de la navigation,* « *de même que les droits des peuples neutres sont une conséquence* « *directe,* ont résolu de ne point les laisser plus longtemps dépendre « d' une interprétation arbitraire suggerée par des interêts isolés et « momentanés. Dans cette vue Elles sont convennes ecc. ». Parimente la *convention maritime ecc. entre S. M. le Roi de Suède et S. M. l' Impératrice de toutes les Russies du 21 Iuillet-1 Août 1780* (ap. MARTENS, *Recueil,* vol. cit., pag. 198 e segg.) art. II: « Pour éviter « toute équivoque et tout mal-entendu sur ce qui doit être qualifié « de contrebande, LL. MM. en déclarent, qu' Elles ne reconnaissent « pour telles que les marchandises comprises sous cette dénomina- « tion dans les traités, qui subsistent entre Leurs dites Majestés et « l' une ou l' autre des Puissances belligérantes: S. M. Suédoise se « référant nommément à cet égard ecc. *Vis-à-vis de l'Espagne S. M.* « *n' ayant pas de traité particulier avec cette Couronne, Elle y* « *étend les obligations des susdits traités entièrement fondées dans le* « *droit naturel.* S. M. Impériale de toutes le Russies de son côté se « rapporte aussi ecc. *Elle en étend les obligations, entièrement fondées* « *dans le droit naturel, aux Couronnes de France et d' Espagne,* « *qui n' ont point été liées jusqu' ici avec son empire par aucun* « *engagement formel purement relatif au commerce* ». L' art. III è identico a quello della convenzione di Kopenhagen riferito sopra.

il cui valore si desume dal rapporto con quelle determinazioni razionali ed a questo rapporto strettamente si commisura: e come il diritto positivo che è, ed in quanto è, forma di attuazione del diritto naturale attinge da questo la sua virtù imperativa, così rimane privo di ogni significazione giuridica, materia bruta, indifferente, ove quel rapporto venga interamente a cessare (1).

---

(1) La questione dell'obbligatorietà della norma giuridica, di cui è ancora troppo imperfettamente conosciuta la storia, nonchè la ragione e l'indole vera, si collega alle più ardue disquisizioni teologiche e filosofiche del medio-evo, traendone elementi che passarono poi nella scuola del diritto naturale propriamente detta e vi esercitarono un'influenza assai più importante e profonda, che non si creda comunemente. Concordi nel riconoscere che l'obbligatorietà del diritto positivo deriva dal rapporto in cui si trova con la legge naturale divina, discutono poi gli scrittori scolastici intorno all'essenza di questa legge ed al fondamento della sua forza obbligatoria, ritenendo alcuni che essa consista in un puro atto intellettivo divino indipendente dalla volontà, ed abbia perciò un carattere puramente indicativo (*lex indicans*), ricollegandosi a Dio come autore o maestro della ragione (*recta ratio*) anzichè come legislatore (così specialm. GABRIELE BIEL, *Collectorium sententiarum*, Tübingen 1501, lib. II, dist. 35 q. un. art. 1, ap. GIERKE, *J. Althusius*, pag. 74, nota 45), mentre altri vi ravvisa un vero e proprio comando della volontà divina (*lex praeceptiva*), che è giusto ed obbligatorio perchè Dio, supremo legislatore, così vuole e comanda. L'opinione prevalsa, che è in certo modo una combinazione delle due accennate, ritiene che la legge naturale è lo stesso giudizio divino (*actus intellectus*) eterno ed immutabile intorno a ciò che è giusto, ma ne riconduce la forza obbligatoria di fronte agli uomini ad un atto della volontà divina (così S. TOMMASO D'AQUINO ed altri ap. SUAREZ, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, Antwerpiae 1613, II, c. 6, § 5 e segg.). La legge naturale precede perciò di tempo e d'importanza lo stato, e da essa derivano, immediatamente o mediatamente, tutti i principî giuridici, anche quelli che giustificano l'esistenza stessa dello stato: i precetti del diritto di natura sono così superiori ad ogni potestà terrena; nè la legge, nè la consuetudine, nè i comandi di un governante, nè la volontà di un popolo intero può infrangerli, e tutto ciò che contraddice ad essi è intrinsecamente nullo

Ed anche per questa via si riesce al medesimo risultato che accennavo sopra. Il modo concreto e reale di manifesta-

---

e di niun effetto, e non ha virtù di obbligare alcuno (così S. TOMMASO, OCRAM, EGIDIO COLONNA e moltissimi altri filosofi e giuristi, che possono vedersi citati da GIERKE, pag. 272, nota 22 e pag. 297, nota 82). Più tardi la questione si raccolse intorno al valore obbligatorio del diritto naturale per lo stato e per il sovrano; ma, attraverso vivaci discussioni e contrasti, rimase saldo il principio che il diritto naturale è fondamento, scopo e limite dello stato: conseguenza di questo principio fu la regola dell'intrinseca nullità di tutti gli atti del sovrano, e quindi anche delle leggi, che andassero contro i principî del gius di natura, e l'obbligo del giudice di riconoscere ed attuare tale nullità (vedi le citazioni in GIERKE, pag. 307 e seg. nelle note ivi). E sebbene contro questa teoria ne sorgesse un'altra, che riteneva formalmente obbligatori per i sudditi tutti gli ordini del sovrano, anche quelli in opposizione coi precetti del diritto naturale (vedi gli scrittori citati da GIERKE nella nota 109 a pag. 309), tuttavia chi ben consideri vedrà che non vi è fra l'una e l'altra dottrina una differenza sostanziale nei principî razionali, ma piuttosto una divergenza nell'ammettere il diritto di resistenza alle leggi ingiuste: le leggi contrarie al diritto naturale erano sempre in sè stesse leggi nulle e incapaci di obbligare; ma, posto questo principio, sul quale tutti erano concordi, restava sempre da determinare, e qui nascevano le divergenze, da chi e quando potesse invocarsi quella nullità per sottrarsi al dovere di obbedienza al sovrano, dovere nascente esso pure dalla legge di natura. L'opera degli scrittori di diritto naturale nei secoli XVII e XVIII fu rivolta principalmente a separare il diritto dalla morale, dalla religione e dalla politica; ma il concetto che il diritto naturale precede lo stato e lo obbliga, e che da esso desume il suo valore ogni norma di diritto positivo, rimase inconcusso, e soltanto si cercò di determinarlo meglio nel suo valore razionale e nelle sue applicazioni: tale può dirsi, in sostanza, rispetto al proposito nostro, l'opera di THOMASIUS, *Fundamenta iuris naturae,* lib. I passim. specialm. cap. 5, § 11 e segg., *Institutiones iurisprudentiae divinae,* I, cap. 1, § 114 e segg., 128 e segg.; J. H. BÖHMER, *Introductio in ius publicum universale, pars gener.* c. 2, § 8 e segg., c. 3, *pars spec.*, I, c. 2, § 20 e segg., c. 5; N. HERT, *Commentationes atque opuscula de selectis et rarioribus argumentis,* I (Frankfurt 1700), 1, pag. 91 e segg., 292 e altrove;

zione del diritto passa in seconda linea di fronte alla manifestazione considerata intrinsecamente, nel suo contenuto: poco importano le vie onde l'assoluta giustizia si manifesta nel mondo sensibile, quando noi possiamo sapere e sappiamo che veramente un'esigenza della giustizia, già perfetta in sè stessa, si è trasferita nei fatti, attuandosi nei limiti del relativo e del condizionato. Anzi, le manifestazioni positive dei principî giuridici assumono quasi il carattere di autorità che confermano il valore razionale del principio: le opinioni degli scrittori si trovano così sulla stessa linea delle decisioni giurisprudenziali, delle leggi e via dicendo, semplici prove, più o meno autorevoli, del riconoscimento concreto di principî che ad esse preesistono e da ben altre ragioni desumono il proprio valore [1].

GUNDLING N. H., *Ius naturae et gentium*, c. 1, ecc. E non vi è forse bisogno di aggiungere che se il concetto riuscì a vincere le gravi difficoltà che gli opposero nel diritto interno varie teorie autorevolissime sull'origine e la funzione dello stato (HOBBES, MACCHIAVELLI, ecc.), e l'opposizione che ebbe ad incontrare poi nell'assolutismo imperante, tanto più facile ed incontrastato dovè esserne il trionfo nel campo dei rapporti internazionali, dove quelle difficoltà non esistevano e dove invece la mancanza o la scarsità di norme positive, e la facile frequenza della loro violazione, facevano sentire maggiormente il bisogno di ricorrere ai principî della legge di natura e su questa fondarne la virtù obbligatoria. Per citare un esempio, tanto recente quanto caratteristico, rammenterò il BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, trad. par C. LARDY, Paris 1870, art. 15: « *Lorsque les usages anciens sont en contradiction avec les principes éternels de l' humanité et du droit naturel n' obligent pas* ». E sotto forme diverse, più o meno esplicitamente, il concetto ricorre assai spesso, anche fra i moderni.

[1] Caratteristica, per questo riguardo, è l'opinione espressa dal più illustre cultore del diritto internazionale privato in Germania, il v BAR. Com'è noto, egli parte dal concetto che il diritto internazionale privato sia un diritto speciale, *sui generis*, che non si confonde, nè col diritto internazionale pubblico (*Völkerrecht* dei tedeschi), nè col diritto interno, e che emana direttamente dalla natura delle cose (*Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, 2ª edizione, Hannover 1889, vol. I, pag. 5 e segg., e vedasi anche la prefazione

Di qui la tendenza, così comune fra gli scrittori di diritto internazionale, ad ammettere un gran numero di fonti concrete o prossime di questo diritto; o, per dir meglio, la tendenza a ravvisare una fonte dovunque appaia o si manifesti l'estrinsecazione di un principio, che alla mente del giurista apparisce degno di entrare nell'ordine ideale da lui già concepito [1]. Ed è naturale: se il principio giuridico preesiste alla

all'ediz. cit., pag. X e seg.): a determinare la verità dei principî di cui si compone valgono poi soprattutto, ed a preferenza della logica astratta, le autorità di ogni genere, fra le quali il v. BAR esplicitamente annovera anche le leggi (pag. 8, nota 11 del vol. I), concepite così, in modo non dubbio, come semplici prove del riconoscimento di principî giuridici preesistenti e valevoli di per sè stessi.

[1] Così WHEATON, *Éléments du droit international,* 2ª edizione, Lipsia 1852, dopo aver detto che il diritto internazionale è l'insieme delle regole di condotta dedotte dalla ragione come conformi alla natura del consorzio che esiste fra gli stati, ammettendovi tuttavia le modificazioni stabilite dall'uso e dal generale consentimento (§ 11), enumera come fonti di questo diritto (§ 12); gli scritti dei pubblicisti, i trattati di pace, di alleanza e di commercio fra i diversi stati, le ordinanze dei governi per regolare le prede marittime in tempo di guerra, le decisioni dei tribunali internazionali, cioè delle commissioni miste e dei tribunali delle prede, i responsi dei giuristi, la storia dei rapporti internazionali. CALVO, *op. cit.,* vol. I, lib. I, sez. 2ª, pag. 158 e segg., rammenta le opere dei pubblicisti, i trattati e le convenzioni, la storia, gli atti diplomatici, le decisioni dei tribunali delle prede, le decisioni dei tribunali locali, le leggi e regolamenti, le sentenze dei tribunali misti e arbitrali, le opinioni dei giureconsulti. BLUNTSCHLI parte pure dal concetto che il diritto preesiste alla sua manifestazione concreta: gli stati si limitano dunque a riconoscerlo, e ciò può avvenire, tanto nella forma di regole internazionali, quanto per mezzo di leggi e consuetudini interne, decisioni giurisprudenziali e via dicendo (art. 10 e segg.). FIORE, *op. cit.,* cap. 5, ripone la fonte prima e diretta del diritto internazionale nella ragione rivelatrice della legge di natura; indi nella storia, nei trattati, nella consuetudine, nelle sentenze dei tribunali, nei responsi dei giureconsulti, e nei documenti diplomatici. E nel *diritto internazionale codificato,* 2ª ediz., Torino 1898, introd. cap. IV, pag. 52 e segg., enumera come fonti del diritto internazionale

sua manifestazione concreta ed ha valore di per sè stesso, indipendentemente dal fatto del suo riconoscimento, sarebbe

---

gli atti dei congressi, i trattati generali e particolari, le leggi dei singoli stati, gli atti dei governi, le consuetudini, le convinzioni giuridiche popolari, la concorde opinione degli scrittori: dichiara invece di dare limitata importanza al diritto storico, che può essere in opposizione col diritto internazionale razionale (pag. 62); ma soggiunge che le regole vere e proprie di diritto positivo si desumono soltanto dai trattati generali, ed essendo questi ben pochi, il diritto internazionale è per la massima parte, secondo il FIORE, diritto scientifico, che tuttavia ha anche valore pratico, in quanto che, nel pensiero di questo scrittore, i governi non possono disconoscere l'obbligo di attenersi alle regole formulate dalla scienza nei loro rapporti. L'ALCORTA, *op. cit.,* pag. 451 e segg., il quale afferma in modo esplicito che quelle comunemente chiamate fonti del diritto sono soltanto manifestazioni, formule di ciò che esiste di per sè e prima di ogni manifestazione positiva, divide poi i modi di manifestazione del diritto internazionale in *diretti* e *indiretti,* secondo che producono obbligazioni giuridiche od hanno soltanto autorità consultiva: fra i primi enumera il diritto razionale-naturale, i trattati e le consuetudini relativamente agli stati che vi hanno consentito, il diritto positivo interno, le decisioni dei tribunali; fra i secondi, i trattati e le consuetudini relativamente agli stati che non vi hanno consentito, la storia e i documenti diplomatici, le opere dei pubblicisti e le opinioni dei giureconsulti, il diritto romano. F. DE MARTENS, *op. cit.,* vol. I, pag. 246 e segg., enumera come fonti di diritto internazionale la consuetudine, i trattati, i negoziati e gli atti diplomatici, le leggi interne, le decisioni giurisprudenziali. PRADIER FODÉRÉ, *op. cit.,* vol. I, pag. 78 e segg., la storia, i trattati, gli usi internazionali, le leggi interne dei singoli stati, le decisioni dei tribunali locali, delle prede e misti, gli scritti dei pubblicisti. Vedasi pure, come un esempio caratteristico, tutto il libro primo delle *Institutes* del LORIMER, dedicato appunto alle fonti del diritto internazionale. E si potrebbero facilmente aumentare le citazioni, se gli esempi addotti non fossero già più che sufficienti a dimostrare la verità dell'affermazione contenuta nel testo. La recente letteratura della scienza nostra, soprattutto in Germania, che aderisce o più si avvicina alla concezione positiva del diritto, ha migliorato assai e corretto la teoria delle fonti, guidata specialmente dalle pagine, per

illogico non ammetterlo nel sistema, negarne o diminuirne l'importanza, solo perchè si è manifestato in un modo, anzichè in un altro; il modo di manifestazione è, in ogni caso, secondario di fronte al contenuto della norma, ed è impossibile ravvisarvi il momento decisivo dell'esistenza e del valore di lei. Certo, oggi non accade più così spesso di veder porre la questione chiaramente nei termini ora accennati, che troppo contrastano con le più sicure esigenze del pensiero contemporaneo; ma se i termini sono mutati, il fondo delle idee è rimasto in gran parte lo stesso. Invece di parlare del diritto naturale si parlerà di un *diritto necessario*, imposto dalle stesse condizioni di fatto della società internazionale, base di una pretesa serie di diritti essenziali o fondamentali, che si estrinseca nelle molteplici forme della legislazione, della dottrina, della giurisprudenza, e via dicendo (¹): si parlerà di una

---

questo riguardo fondamentali, del Binding (*Handbuch des Strafrechts*, vol. I, Leipzig 1885, pag. 197 e segg.), del Merkel (*Juristische Encyclopädie*, Berlin und Leipzig 1885, §§ 121, 829), del Bierling (*Juristische Prinzipienlehre*, vol. I, Freiburg und Leipzig 1894, pag. 155 e segg.); la qual cosa però non toglie che quà e là si riaffaccino i vecchi concetti, come avrò occasione di mostrare fra poco.

(¹) La *necessità*, come fonte del diritto internazionale, apparisce assai spesso negli scrittori, guidati forse da un noto frammento di Modestino nella *leg. 40 Dig. de legib. I, 3;* ma, il più delle volte, il *diritto necessario* viene inteso come un diritto superiore e indipendente dalla volontà umana, e non si distingue perciò, anzi s'identifica, esplicitamente o no, col *diritto naturale:* vedasi, per un esempio recentissimo, Olivi, *Manuale di diritto internazionale pubblico e privato*, Milano 1902, pag. 5 e passim. Soltanto alcuni scrittori recenti si riferiscono espressamente alla *necessità*, come fonte propria e speciale di principî giuridici internazionali, senza tuttavia accettare, anzi respingendo, il concetto del diritto naturale; così il Leseur, *op. cit.*, pag. 22 e segg., e soprattutto il Gareis, *Institutionen des Völkerrechts*, 2ª ediz., Giessen 1901, pag. 33 e segg. (seguito fra noi dal Grasso, *Principî di diritto internazionale pubblico e privato,* Firenze 1889, § 6). Il Gareis distingue fonti *proprie* ed *improprie* del diritto internazionale; le prime (*wirkliche echte Quellen*), che generano un diritto inter-

convinzione o coscienza giuridica universale, fonte prima e diretta dei principî giuridici internazionali, dinanzi a cui

---

nazionale obiettivo e positivo, sono la necessità (*Rechtsnotwendigkeit*) e la consuetudine. I rapporti che esistono di fatto, in specie la natura dello stato in sè e nella coesistenza con altri stati, le sue qualità essenziali ed i suoi uffici, il fatto di relazioni dello stato e de' suoi sudditi con altri stati e coi sudditi di questi, il ricorrere di elementi eguali in tutti gli stati, dice il GAREIS, guidano il giurista e l'uomo di stato ad una quantità di regole dell'esteriore condotta degli stati, che questi infatti riconoscono ed a cui niuna politica può sottrarsi: nè queste regole sono un diritto naturale, tutt'altro; il diritto naturale è subiettivo e teorico, mentre il diritto necessario è obiettivo e pratico; il primo è creato dalla teoria e foggiato subiettivamente a suo modo dalla mente individuale, mentre il secondo è trovato dalla pratica e per la pratica: manifestazioni ed applicazioni dello ***ius necessarium*** sono, secondo il GAREIS, i diritti fondamentali degli stati, la obbligatorietà dei trattati, la reciprocità (GAREIS, *op. e loc. cit.*, e da un punto di vista generale ***Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft***, 2ª ediz., Giessen 1900, § 8 e segg.). L'esame critico di questi concetti non può certo trovar luogo in una nota: mi limito soltanto a osservare, che se il diritto necessario, come dice ripetutamente il GAREIS, vien posto e riconosciuto dagli stati (.... ***von den Staaten anerkannt... von der Praxis und für die Praxis gefunden und aufgestellt wird***), non si può più considerare come un diritto estraneo alla loro volontà, e contrapposto, anzi, a quello che da tale volontà deriva: sia pure che gli stati obbediscano, nel riconoscerlo, a necessità naturali; ciò non toglie che il valore positivo e pratico di quelle norme riposi sulla volontà degli stati, sola, vera fonte di principî giuridici internazionali, come, del resto, è dimostrato dal fatto che vi furono epoche storiche, nelle quali i principî che il GAREIS chiama di diritto necessario non ebber valore di principî giuridici, perchè non furono, e non potevano essere, riconosciuti e ***voluti*** dagli stati. La critica del NIPPOLD, ***Der völkerrechtliche Vertrag***, Bern 1894, pag. 13 e segg., alla ***necessità*** come fonte del diritto internazionale è, sotto un certo riguardo, pienamente fondata, ma trascura troppo la funzione dai fattori naturali nella genesi del diritto, ed erra poi completamente quando riduce tutto il diritto internazionale ad un complesso di relazioni contrattuali: vedi, su questo proposito, la critica al NIPPOLD nella

le altre fonti hanno un carattere meramente occasionale e secondario [1]; ma, in sostanza, è sempre il vecchio concetto

---

mia *Teoria generale della responsabilità dello stato nel diritto internazionale,* Firenze 1902, pag. 63 e segg. Il giusto apprezzamento del concetto di *necessità* nella genesi del diritto va riposto, secondo me, nella distinzione fra la fonte *formale* e la fonte *materiale* del diritto, su cui avrò occasione di tornare in seguito. Vedi in proposito anche Ullmann, *Völkerrecht,* Freiburg i. B. 1898, pag. 27: la contraddizione che questo scrittore non a torto rimprovera al Nippold (nota 7 alla pag. cit. in fine), e quella che si potrebbe con la stessa ragione rimproverare al Gareis, in quanto distingue il diritto necessario dal volontario, ma ammette poi che anche il primo debba essere riconosciuto e posto dagli stati, indicano assai bene, se non erro, l'unilateralità di vedute dell'uno e dell'altro ed il punto nel quale i due concetti opposti si riuniscono sopra una base, che risponde pienamente alla concezione positiva del diritto. Osservazioni analoghe si possono fare riguardo al concetto del *riconoscimento* (*Anerkennung*) come fonte del diritto internazionale, nel senso in cui se ne vale il v. Holtzendorff, *op. cit.*, pag. 83, 86 e segg., per il quale dal riconoscimento di certe condizioni di fatto deriva la sottoposizione dello stato a certe norme giuridiche; queste in tal modo nascerebbero, se ben si guarda, non dalla volontà dello stato, ma dalla costituzione stessa delle cose. (Vedi l'acuta critica di Triepel, *op. cit.*, nota 1 a pag. 63 e segg., che non a torto muove a questo concetto del v. Holtzendorff il rimprovero di essere, nonostante le smentite dell'autore, una nuova fondazione naturalistica del diritto internazionale). Ben diverso è il concetto di Jellinek, *System*, pag. 299: riconoscimento di norme giuridiche (*Anerkennung von Rechtsnormen*), non di fatti, ossia posizione della norma per opera della volontà statuale.

[1] Sia per la nota parte fatta alla coscienza popolare nella genesi del diritto dalla scuola dei giuristi storici di Germania, sia per l'elemento importante di verità che contiene, questo concetto ha avuto, più ancora del precedente, fortuna e diffusione nella letteratura odierna del diritto internazionale. Accennato già come fonte di questo diritto dal Warnkönig, *Rechtsphilosophie,* Freiburg 1839, pag. 434 e segg., e più esplicitamente dal Savigny, *System des heutigen römischen Rechts,* vol. I, Berlin 1848, pag. 33, è stato dipoi accolto e variamente applicato, ad esempio, dal Bluntschli, *op. cit.,* § 13, Hartmann A., *Institutionen des praktischen Völkerrechts in Friedenszeiten*

della filosofia razionalista, il diritto che precede e trascende i fatti, che non è un fatto esso stesso, ma un prodotto del pensiero o della natura.

---

mit Rücksicht auf die Verfassung, die Verträge und die Gesetzgebung des deutschen Reiches, 2ª ediz., Hannover 1878, pag. 1 e segg., OPPENHEIM, *System des Völkerrechts*, 2ª ediz., Stuttgart und Leipzig 1866, pag. 4, 82 e altrove, BULMERINCQ, *Das Völkerrecht oder das internationale Recht*, pag. 187 e seg., in MARQUARDSEN'S, *Handbuch des öffentlichen Rechts*, 1ª ediz., Freiburg i. B. und Tübingen 1884, BERNER, *Völkerrecht*, pag. 94 e seg., nel *Deutsches Staatswörterbuch* di BLUNTSCHLI e BRATER, Stuttgart 1857-60, vol. XI, AFFOLTER, *Der Positivismus in der Rechtswissenschaft*, nell'*Archiv für öffentliches Recht* di LABAND e STOERK, vol. XII, pag. 41, e più recentemente ed autorevolmente da A. RIVIER, *Lehrbuch des Völkerrechts*, Stuttgart 1889, pag. 9 e altrove, *Principes du droit des gens*, Paris 1896, vol. I, pag. 27 e segg., il quale considera la coscienza giuridica comune come la fonte prima e vera del diritto internazionale, di cui le altre, impropriamente chiamate fonti di questo diritto, non sono che modi di manifestazione. Non è facile determinare fino a qual punto questi concetti del RIVIER attribuiscano alla coscienza giuridica comune una funzione erronea nella formazione del diritto internazionale: erroneo ed antipositivo è certamente il considerarla come fonte del diritto internazionale nel senso vero e proprio, perchè non è dubbio che essa sia, in sè medesima, inidonea ad imporre autoritativamente agli stati le norme della loro condotta esteriore: ma si può dubitare se il RIVIER non intenda semplicemente di designare nella coscienza giuridica comune il fattore primo e più importante della volontà degli stati, la quale si manifesta poi, con effetto giuridicamente rilevante, nei trattati normativi e nella consuetudine. E questo sarebbe il concetto giusto, che assegna alla coscienza collettiva una funzione analoga a quella cui mi riferivo nella nota precedente per la cosiddetta *necessità*, della quale, anzi, la coscienza collettiva può considerarsi come l'interprete; e quindi come il tramite, traverso a cui le esigenze della realtà si traducono in fattori della volontà statuale. In questo senso esattamente ULLMANN, *op. cit.*, pag. 28 e v. LISZT, *op. cit.*, pag. 9. Per una critica al concetto della *coscienza giuridica comune* come fonte del diritto internazionale vedansi specialm. BERGBOHM, *Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts*, Dorpat 1877, pag. 41 e segg.,

Strettamente legato con la concezione naturalistica del diritto, ed abbondano le prove storiche per dimostrarlo, è pure il concetto che considera l'uomo come subietto di diritti e di doveri internazionali. Nella sua manifestazione più semplice e più genuina, che si riscontra negli antichi rappresentanti del cosiddetto *gius di natura e delle genti* (¹), ma che non è del tutto ignota anche ad alcuni recenti o contemporanei (²), questo concetto si traduce addirittura nella identificazione dei diritti internazionali coi diritti naturali: si chiamano, infatti, diritti internazionali dell'uomo quelli che, spettandogli in forza della stessa legge di natura ed essendo inseparabili dalla sua qualità di uomo, devono essergli riconosciuti dovunque e da tutti; e respettivamente si considerano gli uomini, come tali e perchè tali, tenuti, al pari degli stati, all'osservanza dei doveri imposti dalla legge di natura, e quindi gli uni e gli altri egualmente capaci di rendersi colpevoli della loro violazione (³). Ma anche

---

Jurisprudenz und Rechtsphilosophie cit., pag. 490 segg., specialm. 497 nota 24, v. HOLTZENDORFF, *op. cit.*, pag. 82 nota 1 e pag. 83, TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 30 e seg.

(¹) Il concetto è così comune e fondamentale negli scrittori di quella scuola, che le citazioni mi paiono inutili e sarebbero forse impossibili, perchè non riesce facile indicare passi determinati in cui trovisi formulato; direi, piuttosto, che si tratta di un elemento essenziale della dottrina, che la pervade tutta, manifestandosi quà e là nei modi e con gli effetti più svariati.

(²) Così, ad esempio, R. v. MOHL, *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, vol. I, Tübingen 1860, pag. 586, 626 e segg.; BLUNTSCHLI, *Dr. intern. cod.* §§ 23, 360 e segg.; LORIMER, *op. cit.*, pag. 5 e passim.; FIORE, *Diritto internazionale*, vol. I, pag. 167 seg., 436 seg.; F. DE MARTENS, *Traité*, vol. I, pag. 428, 440 segg.; HEFFTER, *op. cit.*, §§ 14, 58 e seg.; PRADIER-FODÉRÉ, *op. cit.*, vol. I, § 46, ecc. Si noti però che alcuni di questi scrittori, ad esempio il BLUNTSCHLI ed il PRADIER-FODÉRÉ, nello stesso tempo in cui attribuiscono all'uomo dei diritti internazionali (naturali), dicono che non è un soggetto del diritto internazionale!

(³) Su questo concetto, sulle forme principali che assume e sulla loro derivazione dalle teoriche del diritto naturale, vedi ANZILOTTI,

nella forma, apparentemente più scientifica, in realtà meno determinata e meno logica, che assume talora in alcuni dei più recenti cultori della scienza nostra, i quali semplicemente ritengono che le regole del diritto internazionale possano applicarsi, non soltanto agli stati, ma in certa misura anche agli individui ([1]), il sustrato ultimo della teoria è sempre il concetto

---

L' azione individuale contraria al diritto internazionale, Napoli 1902, pag. 4 e seg.: per non moltiplicare le citazioni, che qui specialmente sarebbero numerosissime, rinvio senz'altro il lettore a questo mio scritto.

([1]) Vedi, in riguardo specialmente ad alcuni dei cosiddetti *delitti internazionali* dell' individuo, HEINZE, *Ueber Verbrechen gegen fremde Gemeinwesen deren Güter und Angehörige*, nell'*Archiv für Strafrecht* del GOLTDAMMER, vol. XVII, pag. 741 e segg., 746 e altrove; PERELS, *op. cit.*, pag. 67; JETTEL, *Handbuch des internationalen Privat-und Strafrechts mit Bezug auf die Gesetzgebung Oesterreichs, Ungarns, Croatiens und Bosniens*, Wien und Leipzig 1893, pag. 218 nota 2; WESTLAKE, *Chapters on the principles of international law*, Cambridge 1894, pag. 2: da un punto di vista generale KAUFMANN, *op. cit.*, passim. e specialm. § 1. Merita di essere ricordata, a questo proposito. l'opinione espressa or non è molto da un illustre giurista, il quale segue nell' esposizione del diritto internazionale un metodo rigorosamente positivo, il v. LISZT: egli ritiene ed afferma in modo esplicito che il diritto internazionale riguarda solo gli stati e solo a questi, non agli individui, accorda facoltà o impone doveri; vede però nei regolamenti emanati dalle commissioni internazionali (fluviali, sanitarie, finanziarie ecc.) i *primi rudimenti di un diritto internazionale che obbligherebbe direttamente i sudditi dei vari stati* (*op. cit.*, pag. 34 nota 2). A quale ulteriore sviluppo dell' ordine giuridico internazionale si debbano collegare questi rudimenti il v. LISZT non dice, nè io cercherò d' investigare; ma, considerando le cose quali ci si presentano ora, non saprei certo convenire in questo concetto. La questione si ricollega a quella della *natura giuridica* di questi organi internazionali; questione poco approfondita ancora, nonostante gli studi accurati di cui alcuni fra questi furono oggetto (KAUFMANN, SALITIS, ecc.), e quelli assai più vasti e poderosi rivolti ad un tema strettamente affine, i cosiddetti *uffici amministrativi internazionali* (MEILI, MOYNIER, DESCAMPS, JELLINEK, ecc.); ma parmi evidente che nelle disposizioni normative emesse dalle commissioni internazionali non possa vedersi altro che un diritto *uniforme*

caratteristico della filosofia del diritto naturale [1], il concetto di un ordine giuridico risultante da un sistema di determinazioni razionali assolute, e quindi applicabili egualmente ad ogni specie di umani rapporti. Come il diritto è, in sè stesso, uno ed universale, così i suoi precetti valgono nella medesima maniera ed indistintamente per tutti gli uomini e le aggregazioni umane, salvo la diversa applicazione derivante dalla diversa natura del subietto a cui si applicano; ma poichè la diversità cade soltanto sull'applicazione del precetto, così essa può, a tutto rigore, considerarsi fuori del precetto stesso, il quale rimane intrinsecamente ed essenzialmente il medesimo, qualunque sia il subietto a cui si rivolge [2].

---

o *comune*, posto in essere dagli stati interessati mediante i loro rappresentanti: il modo di formazione di questo diritto non ne muta certo la natura, e nessuno, credo, penserebbe a scambiare il diritto uniforme col diritto internazionale. Le relazioni internazionali, che si collegano a questa particolare funzione normativa delle commissioni, non hanno evidentemente nulla che fare con le norme giuridiche di cui si parla.

[1] Non intendo dire con ciò che gli scrittori dei quali parlo dieno alla loro opinione questo fondamento, che anzi alcuni di essi esplicitamente dichiarano di respingere; ma si ritrova, avvertito o no, nel fondo di ogni teoria, che ammetta un diritto o un'obbligazione giuridica dell'individuo, la quale non abbia la sua fonte in una norma posta dalla volontà di una determinata organizzazione giuridica, ossia in una norma di diritto interno, perchè, non esistendo una comunità giuridica che abbracci insieme gli stati e gl'individui, sia superiore agli uni e agli altri, la base del diritto o del dovere individuale non potrebbe essere che in un concetto trascendente la realtà; ed eccoci, allora, al diritto naturale. Su questo punto avrò occasione di fermarmi più di proposito nel parlare della obbligatorietà del diritto interno contrario al diritto internazionale.

[2] Il concetto che la diversità dei principî giuridici deriva *unicamente* dalla natura dei subietti ai quali si applicano, trovasi espresso talora nei termini più espliciti: valgano come esempi i passi seguenti. Heineccius, *Elementa*, pag. 18 dell'ediz. Venezia 1748: « *Ius quo singulorum actiones reguntur naturale; quod, quid in societatibus et inter eas iustum injustumve sit praecipit, jus gentium vocamus.....*

Tale, avvertita o no, l'esigenza comune di tutte le teorie, che uniscono l'uomo e lo stato nella qualità di soggetti dei diritti e dei doveri internazionali. Ma a questo risultato concorsero senza dubbio altre ragioni; ed in particolare il carattere così spiccatamente individualistico di quelle scuole filosofiche. Non si erra affermando che i giuristi del *Naturrecht* sono quelli che hanno avuto più saldo il concetto, e lo hanno logicamente svolto, del diritto della individualità, base e centro di tutte le loro costruzioni ideologiche, causa prima e scopo supremo degli organismi etici, della società e dello stato. E non l'individuo reale, concreto, non l'uomo della vita e della storia; ma l'individualità astratta e separata da ogni attinenza col mondo dei fatti, non tanto cooperante e concorrente con altre individualità, quanto con queste semplicemente coesistente, che con un atto della sua volontà crea, così la società, come tutte le altre possibili ed indefinite posizioni giuridiche [1]. Un sistema

---

itaque latius patet jus naturale quam jus gentium; nihil enim recta ratio inter omnes gentes constituit quod non et singuli observare certa ratione teneantur. At sunt quaedam iuris naturae quae non aeque commode adplicantur integris gentibus; e. g. jura matrimonii, patriae potestatis etc. ». E il Vattel, *op. cit.*, § 140, 151, vol. II, discutendo la nota controversia della applicabilità dell'usucapione e della prescrizione estintiva ai rapporti interstatuali: « *Elles doivent avoir lieu entre nations; car le droit des gens n'est autre chose que l'application du droit de la nature aux nations, faite d'une manière convenable aux sujets. Et bien loin que la nature des sujets apporte ici quelque exemption, l'usucapion et la prescription sont d'un usage beaucoup plus nécessaire entre les États souverains qu'entre les particuliers*, ecc. ». E più generalmente nel § 6 del lib. I: « *Il faut donc appliquer aux nations les règles du droit naturel, pour découvrir quelles sont leurs obligations et quels sont leurs droits; par conséquent le droit des gens n'est originairement autre chose que le droit de la nature appliqué aux nations. Mais comme l'application d'une règle ne peut être juste et raisonnable si elle ne se fait d'une manière convenable au sujet*, ecc. ».

[1] Anche questo carattere della filosofia razionalista del diritto è benissimo lumeggiato dallo Stahl, *op. cit.*, lib. III passim. e spe-

siffatto deve quasi necessariamente esser condotto a dare all'individuo il primo posto, anche nella sfera delle relazioni fra gli stati. In ultima analisi, è sempre la personalità umana che crea le relazioni giuridiche, dalle più semplici ed elementari alle più circostanziate e complesse; lo stato e tutti gli altri organismi collettivi non sono che un momento, un aspetto della vita e dell'attività dell'individuo, e da questa soltanto desumono il loro valore. Date queste premesse, come si può concepire un sistema di rapporti di diritto, in cui l'uomo, pur conservando intera la coscienza della sua finalità, non comparisca se non come elemento secondario, come parte del gruppo sociale, che è il solo vero subietto della relazione giuridica? Qual profondo mutamento di vedute occorresse per arrivare a questi concetti, lo ha ben dimostrato la filosofia hegeliana, cui per questo rispetto, e prescindendo da altre esagerazioni ed errori, va riconosciuta anche nel campo nostro, e forse più in questo che in ogni altro, un' influenza che merita ed aspetta di essere maggiormente apprezzata [1]; e potrebbero anche oggi

---

cialm. sez. 2 cap. 4, sez. 3 cap. 7, sez. 4 cap. 1-2: vedi anche la mia *Scuola del diritto naturale nella filosofia giuridica contemporanea*, Firenze 1892, pag. 12 e segg. Lo svolgimento storico delle due idee fondamentali, a cui è collegata la concezione individualistica della società e del diritto propria di quella scuola, cioè i *diritti innati* ed il *patto sociale*, è largamente esposto ed illustrato da Gierke, *Johannes Althusius*, pag. 77-115, 274, 304 e segg.: vedasi specialm. pag. 105 e segg., dove il concetto accennato nel testo trovasi riprodotto in varie applicazioni speciali e confortato di numerosissime autorità.

[1] L'energica rivendicazione dell'importanza e della finalità dello stato, che costituisce uno dei punti fondamentali e veramente fecondi della filosofia del diritto di Giorgio Hegel, ha spiegato un'influenza assai notevole anche sulla concezione odierna del diritto internazionale in Germania. Condotto dalla ferrea logica del suo procedimento dialettico a riporre nello stato l'ultima forma e la più elevata della vita dell'umanità, il grande filosofo non potè neppur concepire la sottoposizione dello stato ad una volontà diversa dalla propria e superiore: di qui il suo noto principio, che il diritto internazionale riposa soltanto sulla volontà dello stato; i diritti degli stati gli uni di fronte agli altri

dimostrarlo i criteri così vaghi, malsicuri ed incerti, coi quali

---

hanno la loro realtà non in un volere generale, costituito sopra di loro come una potestà, ma nella volontà particolare di ciascuno di essi: « .... *haben nicht in einem allgemeinen zur Macht über sie constituirten, sondern in ihrem besonderen Willen ihre Wirklichkeit* ». Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts hsg. von* Gans, 3ª ed., Berlin 1854, pag. 416 e segg.: il passo citato è a pag. 419. Svolto logicamente, questo concetto distrugge il diritto internazionale, trasformandolo in un *diritto pubblico esterno dello stato:* confr. la mia *responsabilità dello stato nel diritto internazionale* pag. 30 e segg. Ma accanto a questo lato meramente negativo della teorica hegeliana, non va dimenticato l'elemento positivo, derivante dall'avere nettamente separato il concetto del diritto internazionale da quello dei diritti individuali, ponendo così una premessa importantissima della concezione positiva del diritto internazionale, alla quale inoltre Hegel, col richiamare l'attenzione sulla volontà generatrice del diritto, ha *indirettamente* contribuito più assai di quello che le premesse del suo sistema lascerebbero credere. Invece, questo lato dell'importanza che spetta alla filosofia hegeliana nella storia della scienza nostra, è stato quasi completamente trascurato: forse perchè se ne scorgono più facilmente le immediate conseguenze pratiche e dottrinali, tutta l'attenzione degli scrittori si è rivolta al lato negativo di quella dottrina, del quale infatti non mancano svolgimenti e critiche ugualmente notevoli: fra i primi possono rammentarsi le pagine di Pütter, *Beiträge zur Völkerrechtsgeschichte und Wissenschaft,* Leipzig 1843, pag. 8 e segg., 15 e segg., Zorn, *Staatsrecht des deutschen Reiches,* vol. I ed. 2ª, Berlin 1895, pag. 495 e segg., Bergbohm, *Staatsverträge und Gesetze,* pag. 19, 39, 60, 89 e seg., *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie,* I, pag. 97, sebbene questi si allontani molto da Hegel nella concezione generale del diritto, e nel tema stesso di cui si tratta abbia dichiarato da prima di non adottarne l'insegnamento (*Staatsverträge u. Gesetze,* pag. 5 nota 1); fra le critiche, quelle di v. Kaltenborn, *Kritik des Völkerrechts,* Leipzig 1847, pag. 149 e segg., Kahle, *Darstellung und Kritik der Hegel'schen Rechtsphilosophie,* Berlin 1845, pag. 104 e segg., Berner, *art. cit.* nel *Deutsches Staatswörterbuch* del Bluntschli e Brater, vol. XI, pag. 77 e segg.; e soprattutto l'articolo di Fricker, *Das Problem des Völkerrechts,* nella *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft,* vol. XXVIII, Tübingen 1872, pag. 97 e segg., che, nonostante il difetto di unilate-

si cerca di definire la posizione dell'uomo nel sistema del diritto internazionale [1].

---

ralità già notato, rimane tuttora l'apprezzamento più completo e profondo dei rapporti della filosofia hegeliana col diritto internazionale. Lo studio recentissimo di W. FICKLER, *Unter welchen philosophischen Voraussetzungen hat sich bei Hegel die Wertschätzung des Staates entwickelt und wie ist diese zu beurtheilen?* nella *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, vol. 122, n. 2, pag. 152 e segg. (in continuazione), di carattere e contenuto esclusivamente filosofico, non ha, almeno nella parte finora pubblicata, che un rapporto assai indiretto coi concetti qui esposti.

[1] La posizione dell'uomo nel sistema del diritto internazionale oscilla fra due concezioni opposte: una, antica ed in certo modo tradizionale, sostenuta oggidì da pochi ma autorevolissimi scrittori, considera l'uomo come un *soggetto* di diritti e di doveri internazionali; così HEFFTER, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, ed 8ª curata e annotata da GEFFKEN, Berlin 1888, § 14, 58 e seg., BLUNTSCHLI, *Dr. intern. cod.*, §§ 23, 360 e segg., F. DE MARTENS, *Traité de dr. intern.*, vol. I, pag. 425 e segg., FIORE, *Diritto internazionale pubblico*, vol. I, pag. 136 e segg., *Il diritto internazionale codificato*, pag. 81 e segg., 87 e segg.: un'altra, recentissima, svolta da prima e illustrata con grande acume di ragionamento da HEILBORN, *Das System des Völkerrechts entwickelt aus den völkerrechtlichen Begriffen*, Berlin 1896, pag. 64 e segg., accolta da TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 20 e seg., ed alla quale io stesso dichiarai già altrove di aderire (*Responsabilità dello stato*, pag. 116, nota 1), lo considera come *oggetto* di diritti e doveri internazionali degli stati. La maggior parte degli scrittori contemporanei non accetta la prima dottrina, che in realtà, come ho detto sopra, non è se non una conseguenza diretta delle idee del diritto naturale, e che in ogni modo non si vede come possa sostenersi di fronte alle critiche acute e radicali di cui è stata oggetto da parte dei pubblicisti tedeschi più recenti (LABAND, SELIGMANN, JELLINEK, ecc.), ma non si cura poi troppo di determinare con esattezza sotto quale aspetto l'individuo umano venga in considerazione nel sistema del diritto internazionale; e mentre alcuni ricorrono al concetto di un *indigenato di diritto internazionale* (*Völkerrechtsindigenat*), per cui la posizione dell'uomo nel diritto internazionale sarebbe determinata dalla sua appartenenza ad uno stato, premessa e fondamento della protezione giuridica dell'indi-

Nè si può, finalmente, dimenticare l'azione esercitata dall'incontro fra la costruzione ideologica del diritto naturale ed il sistema del diritto romano. L'affinità fra l'uno e l'altro è generalmente riconosciuta (¹); nè io intendo di fermarmi qui a dimostrarla. A me preme soltanto notare, che il diritto romano, modello insuperabile di razionale determinazione dei momenti essenziali del rapporto giuridico e di differenziazione del criterio della giustizia da tutti gli altri aspetti della cooperazione sociale, se, appunto per questo, potè fornire ai filosofi dei secoli decimosettimo e decimottavo la materia delle loro astratte costruzioni, anche quando essi inconsapevolmente credevano di attingerla dal fondo della ragione, divenne altresì, per questa via, una nuova causa di assimilazione delle relazioni giuridiche internazionali a quelle regolate dal diritto interno: alla comunanza della fonte onde emana il precetto giuridico ed alla possibile o reale identità dei subietti della relazione, si aggiunge il contenuto della norma, la materia delle determinazioni concrete; è una vera trasposizione dogmatica dal diritto interno al diritto internazionale (²), effetto e

---

viduo nei rapporti interstatuali, altri ritengono questo concetto inutile e privo di ogni significato: nel primo senso, STOERK, *Staatsunterthanen und Fremde*, nel vol. II del *Handbuch des Völkerrechts*, Hamburg 1887, pag. 588 e segg., GAREIS, *Institutionen*, pag. 148 e segg., RIVIER, *Lehrbuch*, pag. 4, *Principes*, vol. I, pag. 12 e seg., ULLMANN, *op. cit.*, pag. 227 e seg., v. LISZT, *op. cit.*, pag. 101 sub. IV; contro, JELLINEK, *op. cit.*, pag. 310 nota 1, e TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 13-14 in nota. Data questa incertezza nei concetti fondamentali, non è difficile comprendere perchè le idee dei singoli scrittori su questo proposito sieno quasi sempre vaghe e oscillanti, e talora anche contradittorie; si vedano, ad esempio, oltre i già citati, HARTMANN, *op. cit.*, pag. 234 e seg., PRADIER FODÉRÉ, *op. cit.*, vol. I, pag. 120 n. 46, DESPAGNET, *op. cit.*, pag. 337, ecc.

(¹) STAHL, *op. cit.*, lib. III, sez. II, cap. 3.

(²) Si è parlato di una *recezione* del diritto romano nel diritto internazionale; e la frase può accettarsi, purchè si riferisca esplicitamente, come fa il TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 214, alla scienza del diritto internazionale, s'intenda, cioè, come una recezione puramente *teoretica*. Che questa recezione sia in buona parte opera del diritto naturale

causa, ad un tempo, di una sostanziale affinità di esigenze e di caratteri (¹). Le cosiddette concezioni privatistiche, mi si

---

è generalmente riconosciuto: così Oppenheim, *op. cit.*, pag. 8, 80; Sumner Maine, *Ancient law*, pag. 97 e segg., *International law*, pag. 16 e segg., 20 e segg.; Lawrence, *Essays on some disputed questions in modern international law*, Cambridge 1884, pag. 172 e segg.; Westlake, *op. cit.*, pag. 10 e segg.; Triepel, *op. cit.*, pag. 214 e segg. È certo, però, che l'applicazione dei principî e degli istituti del diritto romano alle relazioni internazionali precedè la scuola del diritto naturale, perchè era già comune, o almeno frequente, non solo fra i giuristi italiani del medio evo, ma anche fra i teologi e moralisti spagnoli; Nys, *Les origines du droit international*, Bruxelles-Paris 1894, pag. 7 e segg.: gli scrittori del diritto naturale portarono avanti e completarono quest'opera, in ciò specialmente aiutati dall'affinità delle loro dottrine col diritto romano.

(¹) Salvo qualche voce affatto isolata, come quella di Alcorta, *op. cit.*, pag. 511 e segg., che annovera il diritto romano fra le fonti del diritto internazionale, e dice esplicitamente che il maggior numero di controversie fra gli stati trova una giusta soluzione in quel sistema di equità pratica, che proporziona i principî di giurisprudenza universale applicabili tanto agl'individui che agli stati, si può dire ormai addirittura prevalente l'opinione che tende a sottrarre lo studio del diritto internazionale all'influenza delle idee e dei criteri propri del diritto privato, e in ispecie, quindi, del diritto romano. Così, fino dal secolo XVIII, J. J. Moser, *Deutsches Staatsrecht*, vol. II, Frankfurt und Leipzig 1738, pag. 214, e Günther, *Europäisches Völkerrecht in Friedenszeiten*, vol. I, Altenburg 1787, pag. 33: fra i più recenti, Oppenheim, *op. cit.*, pag. 80; E. Meier, *Ueber den Abschluss von Staatsverträgen*, Leipzig 1874, pag. 37; v. Bulmerincq, *Praxis, Theorie und Codification des Völkerrechts*, Leipzig 1874, pag. 130; v. Holtzendorff, *op. cit.*, pag. 72, 126, 128; F. de Martens, *op. cit.*, vol. I, pag. 4; Jellinek, *op. cit.*, pag. 307, ecc. ecc.; e non mancano neppure studi sopra determinati istituti del diritto internazionale che, fra altri scopi, hanno anche quello di eliminarne idee e criteri mutuati dal diritto privato: basti qui ricordare gli studi del Heimburger e del Fricker sul territorio dello stato e sull'acquisto della sovranità territoriale (Heimburger, *Der Erwerb der Gebietshoheit*, vol. I, Karlsruhe 1888; Fricker, *Gebiet und Gebietshoheit*, Tübingen

passi per una volta la brutta parola, di certi istituti giuridici interstatuali hanno certamente in queste cause storiche la

---

1901, per la parte relativa al diritto internazionale, es. pag. 11 e segg., 16, 26 e segg., 62 e segg., 74 e segg.), del CLAUSS sulle servitù internazionali (*Die Lehre von den Staatsdienstbarkeiten,* Tübingen 1894), e quello già citato del NIPPOLD sul trattato internazionale. In questi termini generali il concetto è indubbiamente giusto, è anzi, sino ad un certo punto, un postulato della concezione positiva del diritto internazionale; e in questo indirizzo, infatti, sorse da prima e si è più energicamente affermato ai giorni nostri: ma, ad apprezzarlo rettamente, e ad evitare esagerazioni inutili o pericolose, giova aver presenti due cose. La prima, che non si può nè si deve disconoscere una relativa affinità fra le relazioni inter-individuali e le relazioni inter-statuali, per la quale si riproducono in queste caratteri, esigenze e posizioni in tutto analoghe a quelle che si hanno nelle prime; donde la possibilità e l'utilità, sia per la scienza che per la pratica, di valersi, nei rapporti internazionali, di concetti già elaborati e sviluppati dal diritto privato, non perchè abbiano titolo, come tali, a passare dalla loro cerchia in quest'altra, ma perchè ad analoghe posizioni di fatto debbono rispondere analoghi principî giuridici: quest'analogia, del resto, è stata riconosciuta ed affermata chiaramente da scrittori, cui non si può certo rimproverare, nè una concezione anti-positiva del diritto, nè un minore apprezzamento dei caratteri e delle esigenze del diritto pubblico in confronto al privato; mi limito a ricordare il v. GERBER, *Ueber öffentliche Rechte,* Tübingen 1852, pag. 40; lo HELD, *System des Verfassungsrechts der monarchischen Staaten Deutschlands,* vol. I, Würzburg 1856, pag. 10 (ap. TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 212, nota 1); lo HOLLAND, *Elements of Jurisprudence,* 7ª ed., Oxford 1895, pag. 345 e segg., e nella *Revue de droit international et de législation comparée,* vol. X, pag. 168; lo HEILBORN, *op. cit.*, pag. 412 e segg. L'altra osservazione da fare è che molti concetti giuridici, svolti e applicati finora esclusivamente nel campo del diritto privato, sono in realtà concetti giuridici generali, che non appartengono nè al diritto privato nè al pubblico in particolare, ma piuttosto alla teoria generale del diritto: ragioni ben note spiegano perchè sinora si trovino quasi soltanto nei trattati di diritto privato; ma sarebbe erroneo fermarsi a questa circostanza tutta esteriore e respingere come un' indebita intromissione d'idee e criteri appartenenti ad altra materia l'uso che

loro origine prima e spesso la loro spiegazione [1]. Sarebbe importante ricercare, più e meglio che non siasi fatto finora, se e fino a qual punto queste, che oggi si dicono analogie, sieno giustificate, e determinare in pari tempo il vantaggio, per me innegabile, che può esserne derivato alla costruzione dogmatica del diritto internazionale: per lo scopo nostro basta averle additate come un' altra causa, e non forse la meno efficace, della mancanza di chiari e sicuri concetti intorno ai caratteri differenziali ed ai limiti del diritto internazionale, nei rapporti col diritto interno e con le molteplici forme di attività legislativa dei singoli stati.

Così un complesso di cause storiche e razionali, che io ho appena potuto delineare, converge ad un risultato, che si ripercuote direttamente sul nostro problema. Perchè, mancata una distinzione sicura fra le fonti del diritto interno e quelle del diritto internazionale di fronte al concetto che tutte le considera come modi di attuazione e di manifestazione d' un

---

si voglia farne nel campo nostro: un esempio eloquente ci è fornito dal *contratto,* sulla cui natura di concetto giuridico generale vedi Unger, *System des österreichischen Privatrechts,* 4ª ed., Leipzig 1876, vol. II, pag. 169; e sull'applicabilità del concetto generale alla materia nostra, indipendentemente dalla sua funzione d' istituto giuridico-privato, vedansi ad es. E. Meier, *op. cit.*, pag. 37; Nippold, *op. cit.*, pag. 34 e segg.; Ullmann, *op. cit.,* pag. 150.

[1] La cosa è posta in chiaro, relativamente ai rapporti speciali di cui si occupano, nei libri sopra citati del Heimburger e del Clauss: vedi pure la mia *Teoria generale della responsabilità dello stato nel diritto internazionale,* pag. 10 e segg. Vuolsi però anche osservare che il concetto dello stato patrimoniale, per cui il sovrano si considerava come proprietario del territorio e delle sue pertinenze, gli abitanti, rendeva facile e quasi necessaria l'applicazione ai rapporti interstatuali d'istituti giuridico-privati, come la compra-vendita, la permuta, il deposito, il pegno, che esprimono le varie forme di disponibilità giuridica delle cose sottoposte al potere di un individuo: varî esempi in Günther, *op. cit.,* vol. II, pag. 92 e segg., 153 e segg.; vedi anche G. F. Martens, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe,* 2ª ed., par Ch. Vergé, Paris 1858, § 57.

ordine giuridico preesistente e trascendente la realtà; allargata ai privati individui l'applicazione delle regole di giustizia internazionale, e fattili in tal modo subietti di diritti e doveri, che si pretende eccedano la sfera del diritto interno, e che pur tuttavia si fanno valere soltanto nello stato e per lo stato; desunto il concreto atteggiamento dei particolari rapporti e delle singole posizioni giuridiche da uno stesso materiale storico convertito in astratte categorie concettuali, era aperto l'adito ad un grave pericolo, che, cioè, rimanendo vago ed indeterminato, sia il contenuto specifico del diritto internazionale, sia il suo rapporto col diritto interno, si avviasse una compenetrazione reciproca od anche una confusione dell'uno con l'altro. È quello che poi di fatto è avvenuto (1). Incerto di sè e dell'essere suo, preoccupato più di estendere il proprio contenuto che di determinarlo, il diritto internazionale ha voluto affermare il suo dominio anche dove glie ne mancavano i titoli, comprendere, alterandoli, rapporti e materie che non gli spettano, o che gli spettano soltanto sotto determinati aspetti e condizioni (2). E così, trascurata o non rettamente compresa la distinzione fondamentale, vera idea madre della giurisprudenza, fra il valore formale ed il contenuto materiale della norma giuridica, si è confusa l'applicazione giudiziaria del diritto interno avente importanza internazionale con l'applicazione del diritto internazionale vero e proprio, togliendo al problema che ci siamo proposti ragion d'essere e significato.

Perocchè il problema dell'applicabilità del diritto internazionale da parte dei giudici interni, in tanto ha ragion d'essere e significato, in quanto l'uno e l'altro diritto si distinguono e si contrappongono fra loro, in quanto, in particolare, il diritto internazionale si concepisce come qualche

(1) Il seguito della trattazione ne fornirà prove continue: vedasi, del resto, l'opera già più volte rammentata del Triepel, che questo fatto ha egregiamente posto in chiaro ed analizzato.

(2) Confr. v. Martitz, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, vol. I, Leipzig 1888, pag. 400 e segg.; Zitelmann, *op. cit.*, vol. I, pag. 35 e segg., 71 e segg., 196 e segg.

cosa di sostanzialmente diverso da quel complesso di norme giuridiche, che il giudice, per la sua funzione, è chiamato normalmente ad applicare. Tolta questa contrapposizione, ed ammesso invece che i due diritti possano compenetrarsi e sostituirsi a vicenda nelle cosiddette materie comuni [1], il problema perde necessariamente il suo carattere generale, e con esso il suo peculiare significato, e si trasforma in una serie di questioni particolari: si tratterà, infatti, di vedere, se certe parti del diritto internazionale possano essere oggetto d'applicazione da parte dei tribunali dei singoli stati, e con quali limiti e condizioni; ma una domanda che ha per oggetto la stessa possibilità dell'applicazione non ha ragion d'essere, perchè è già implicitamente e necessariamente risoluta.

Così riesce anche facile spiegare come mai, finora, il problema abbia richiamato così poco l'attenzione degli studiosi, e la discussione scientifica abbia potuto svolgersi intorno ad un argomento particolare, qual'è la competenza dell'autorità giudiziaria ad applicare i trattati internazionali, senza sentire il bisogno di porre e risolvere prima il problema generale. È anche questo un effetto, latente bensì, ma non per ciò men certo e men chiaro a chi, senza fermarsi alla superficie, ne scruta l'intimo significato e le riposte ragioni, dell'influenza esercitata sulla concezione scientifica del diritto internazionale dagli abiti intellettuali e dai concetti, che ho cercato di riassumere, e che una persistente tradizione di pensiero mantiene ancor vivi nel fondo di molte dottrine, sebbene spesso inavvertiti ed inconsci. Forse, e senza forse, l'esame del problema avrebbe continuato a svolgersi frammentario, indeterminato ed empirico, ove a risollevarlo a più alti criteri non fosse sopraggiunta la concezione positiva del diritto internazionale.

Riflesso ed applicazione particolare, nel campo nostro, delle premesse su cui si fonda e delle conclusioni alle quali giunge la concezione positiva del diritto in generale, la

---

[1] Vedi su ciò TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 5, 26.

concezione positiva del diritto internazionale muove dalla distinzione, chiaramente affermata e logicamente svolta [1], fra la fonte del diritto e le cause o i fattori remoti del diritto stesso; o, se par meglio, fra la fonte formale e la fonte materiale del diritto, fra la oggettivazione esteriore e positiva della norma giuridica e le cause che predispongono e determinano questa oggettivazione [2], per giungere alla conclusione che il diritto internazionale esiste e si fa valere solo in quanto una volontà idonea pone come norma positivamente obbliga-

---

[1] Quest'inciso, che può a prima vista parere superfluo, è in realtà necessario, perchè una distinzione che in qualche modo adombra quella da me propugnata si trova frequentemente negli scrittori di diritto internazionale, sotto la forma di una distinzione di fonti *remote* e *prossime*, *dirette* e *indirette*, o altra simile. Ma ciò che manca, in generale, è la chiara percezione del valore della distinzione ed il rigore logico nel trarne le conseguenze; donde, poi, applicazioni inesatte e criteri, che in una trattazione positiva del diritto internazionale non possono certo trovar posto: così, ad es., le teorie del Martens (*Traité de dr. intern.*, vol. I, pag. 247 e segg.), del Rivier (*Lehrbuch*, pag. 9 e segg., *Principes*, vol. I, pag. 27 e segg.), del Gareis (*Institutionen*, pag. 33 e segg.), riconoscono indubbiamente la distinzione, e tuttavia, come ho detto nelle note precedenti, non evitano l'accusa di un meno esatto apprezzamento dei caratteri e delle esigenze di una concezione veramente positiva delle fonti del diritto internazionale. E osservazioni analoghe si potrebbero fare riguardo alle teorie del Bulmerincq (*Völkerrecht*, § 11) e del v. Holtzendorff (*op. cit.*, § 21 e segg.), per non citare che gli scrittori meno lontani dalla concezione positiva del diritto internazionale. In sostanza, si può dire che non si tratta tanto dell'introduzione di un concetto nuovo, quanto della migliore determinazione e della più conseguente applicazione di un concetto generalmente ammesso.

[2] Fra coloro che formulano meglio la distinzione, nel senso e con l'effetto indicati nel testo, possono vedersi: da un punto di vista generale, Unger, *op. cit.*, vol. I, pag. 23 e seg., 67, e Regelsberger, *Pandekten*, vol. I, Leipzig 1893, pag. 68; in riguardo specialmente al diritto internazionale, Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, Wien 1880, pag. 44 e segg., *System der sub. öff. Rechte*, pag. 299, Ullmann, *op. cit.*, pag. 22, e in parte v. Liszt, *op. cit.*, § 2.

toria della condotta degli stati nei loro rapporti quei principî, che sono o si credono imposti dal fatto della loro coesistenza, dai bisogni e dalle aspirazioni che ne derivano.

L'autorità che pone il diritto non fa certamente opera arbitraria o capricciosa, ma riflette, bene o male, un complesso di bisogni e di necessità reali, interpretate dall'umana coscienza. L'ordine giuridico non è il prodotto di una volontà subiettiva, se lo consideriamo nella sua ragion d'essere, nelle cause che lo spiegano e lo giustificano; ma è, invece, il prodotto di una volontà, se lo consideriamo in sè stesso, come complesso di norme obbligatorie, come diritto, insomma, perchè solamente la oggettivazione esteriore e positiva, per opera di una volontà capace di questa oggettivazione, traduce in norme giuridiche quei principî normativi e quelle esigenze, che rappresentano un bisogno più forte della comunità sociale o esprimono una più viva idealità di giustizia in un dato momento storico ([1]). Prima della oggettivazione della norma, e al di là di questa, vi è il bisogno, il sentimento, la idealità del diritto, non il diritto.

Questa distinzione, caposaldo e premessa di ogni concezione veramente positiva delle scienze giuridiche, che riconosce ed accetta l'elemento importantissimo di verità contenuto nella filosofia tradizionale del diritto e nel concetto stesso del diritto naturale, ma ne elimina in pari tempo l'errore fondamentale, consistente nell'ammettere un diritto diverso da quello fenomenico e storico, perchè riduce al loro giusto significato e valore i concetti subiettivi onde la mente umana, interprete delle condizioni e dei bisogni reali della vita, si raffigura e costruisce un ordine giuridico distinto o contrapposto a quello che esiste in realtà, trova facile e piena applicazione anche nel campo nostro, dove si traduce in una distinzione fra i fattori materiali del diritto internazionale, ossia le cause che

---

([1]) Confr. VANNI, *Gli studi di H. Sumner Maine e le dottrine della filosofia del diritto,* Verona 1892, pag. 51 e segg.; PETRONE, *Contributo all'analisi dei caratteri differenziali del diritto,* nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche,* vol. XXII, pag. 340 e segg.

lo producono e lo giustificano, e la fonte formale del medesimo, ossia la determinazione esteriore e positiva dei principî giuridici internazionali, per opera di una volontà idonea a questa determinazione. Il diritto internazionale, come ogni altra parte del diritto, è il prodotto di cause che precedono l'opera della volontà umana e la determinano; esiste perchè esiste un certo ordine di cose, imposto alla volontà, piuttosto che creato da questa. La cosiddetta necessità (1), la comune convinzione degli uomini (2), la scienza (3) e, concetto più

---

(1) Vedi la nota 1 a pag. 18 e segg.

(2) Vedi la nota 1 a pag. 20 e segg.

(3) La duplice funzione della scienza giuridica in ogni sua applicazione concreta, cioè, la determinazione ed interpretazione del diritto esistente da un lato, la critica e la preparazione delle riforme di questo diritto nel senso più corrispondente ai nuovi bisogni ed alle nuove idealità di giustizia dall'altro, esclude di per sè che le si possa mai attribuire il carattere di una fonte di norme giuridiche: confr. Unger, *op. cit.*, vol. I, § 6. Ciò vale così nel campo nostro come in ogni altro; ma i caratteri speciali della materia, e la persistente tradizione della filosofia del diritto naturale, hanno fatto sì che la scienza si trovi ancora frequentemente annoverata fra le fonti del diritto internazionale, sia perchè venga data al concetto di *fonte* un'estensione affatto ingiustificata ed impropria, o sia perchè si attribuisca alla scienza la funzione di determinare principî giuridici, che hanno in sè stessi, e indipendentemente da ogni riconoscimento concreto, il proprio valore e la propria virtù obbligatoria. All'uno o all'altro di questi due concetti, e spesso all'uno ed all'altro insieme, mette capo ogni teoria, che assegna alla scienza il carattere di una fonte del diritto internazionale: vedansi, ad es., Wheaton, *op. cit.*, cap. I, § 12; Wildman, ***Institutes of international law,*** vol. I, London 1849, pag. 33 e segg.; Phillimore, *op. cit.*, vol. I, cap. 7; Calvo, *op. cit.*, vol. I, pag. 158 e segg.; Halleck, ***International law,*** third ed. by Sherston Baker, London 1893, vol. I, cap. 2, §§ 26 e segg.; F. De Martens, ***Traité,*** vol. I, pag. 254; Pradier Fodéré, *op. cit.*, vol. I, pag. 94 e segg.; Fiore, ***Dir. intern. pub.***, vol. I, pag. 144 e segg., il quale però altrove distingue tra le fonti del diritto internazionale teorico e positivo, e annovera la scienza fra le prime soltanto; egualmente Despagnet, *op. cit.*, pag. 70 e seg.: su questa distinzione poco

elevato e comprensivo, la natura delle cose [1], sono pertanto i fattori remoti dell'esistenza del diritto internazionale e dei suoi concreti atteggiamenti. E così inteso, il concetto di fonti remote o indirette del diritto internazionale non esce dai limiti della ricerca positiva; ed un'indagine rivolta a determinarne il valore rispettivo e la funzione appare, non soltanto legittima, bensì anche necessaria. Ma, appunto perchè si tratta delle cause che preparano e predispongono la formazione dei principî giuridici, e non d'altro, è affatto arbitrario desumerne, con un processo mentale, dei concetti, cui si pretenda dare il valore ed il carattere di principî giuridici. Un principio giuridico non esiste se non in quanto è riconosciuto dalla volontà che pone formalmente il diritto; onde i limiti della ricerca positiva sono varcati, e le esigenze di essa contraddette, quando ai risultati dell'indagine sui fattori materiali del diritto internazionale si dà il valore di proposizioni giuridiche, se ne desume un sistema di diritti e di obblighi, in luogo di ravvisarvi semplicemente la causa, da cui, con un processo affatto

---

vi sarebbe a ridire, se, soprattutto nel campo nostro, non apparisse assai pericolosa la contrapposizione di un *diritto teorico* al diritto positivo, nonostante tutte le riserve e le limitazioni di cui possa venire circondata. Singolare è l'opinione del GAREIS, che delinea esattamente la funzione della scienza, ma le assegna il carattere di una *fonte impropria* del diritto internazionale, insieme ed accanto ai trattati! (*Institutionen*, pag. 36; così pure il GRASSO, *op. cit.*, pag. 21). Fra coloro che hanno meglio delineato la funzione della scienza nel diritto internazionale, e possono perciò utilmente essere consultati a complemento e riprova dell'idee enunciate, mi limito a ricordare il v. HOLTZENDORFF, *op. cit.*, § 13, il RIVIER, *Principes*, vol. I, pag. 30 e segg., l'ULLMANN, *op. cit.*, pag. 19 e segg.

[1] UNGER, *op. cit.*, nota 37 a pag. 67: « *Dennoch aber kann man nicht sagen, die Natur der Sache sei Rechtsquelle; so häufig dies auch geschieht, so ist dies doch ganz unrichtig. Denn unter Rechtsquelle versteht man die Entstehungsgründe und Organe des geltenden Rechts: die Natur der Sache ist aber nur das Motiv zur Bildung des Rechts, die Veranlassung dazu, dass ein Organ die in der Natur der Sache liegende Regel als Rechtsregel aufstellt* ».

diverso, si produce la norma giuridica, fonte vera e sola dei diritti e dei doveri dei singoli stati.

Di qui un seguito di conseguenze addirittura fondamentali, per la concezione del diritto internazionale prima, e poi, e di conseguenza, per il nostro problema particolare.

Dimostrata, infatti, l'impossibilità di un diritto diverso da quello fenomenico e storico, ed esclusa quindi la legittimità di ogni processo mentale rivolto a costruire un ordine giuridico mediante il pensiero, e ad obiettivare poi l'ideale soggettivo in una pretesa legge di natura, cui si attribuiscano i caratteri dell'intrinseca esistenza ed obbligatorietà; riconosciuto, invece, che il diritto è un fatto sociale, una realtà concreta, una formazione storica, ed ammesso, per logica conseguenza, che le norme giuridiche, in quanto si differenziano dalle altre norme dell'umana condotta, ossia in quanto sono norme giuridiche e non altre, debbono esser poste ed obiettivate estrinsecamente da una volontà capace di vincolare le volontà dei subietti all'osservanza del comando o del divieto contenuto nella norma, non resta, a chi voglia dimostrar l'esistenza di un diritto internazionale, se non una via, quella, del resto, che è già tracciata dai concordi risultati di tante ricerche e dalle più sane e legittime esigenze del pensiero contemporaneo: dimostrare, cioè, che fra le norme, cui gli stati uniformano il loro agire nei reciproci rapporti, alcune son venute assumendo i caratteri essenziali del diritto, ossia quei caratteri che differenziano la norma giuridica da qualsivoglia altra norma di condotta. Impossibile rifare qui una dimostrazione, che altrove ho tentato [1] e che da sola richiederebbe assai più spazio di quello consentito dai limiti del presente lavoro. Sol questo dirò: il diritto internazionale si risolverebbe in una vuota astrazione, o semplicemente in un diritto pubblico esterno dello stato [2], qualora non si ammettesse che esso ha la sua fonte

---

[1] *Teoria generale della responsabilità dello stato nel diritto internazionale.* Cap. I, *Le norme giuridiche internazionali.*

[2] Il concetto che il diritto internazionale non sia in realtà altro che un *diritto pubblico esterno dello stato,* ossia un diritto posto

immediata nella volontà collettiva degli stati, che si estrinseca negli accordi espliciti e nelle consuetudini, con lo scopo

---

dalla volontà dello stato per regolare i rapporti suoi con gli altri stati, già delineato da HEGEL (vedi nota 1 a pag. 26 e segg.), è stato accolto dipoi da vari scrittori, i quali se ne valgono appunto per negare l'esistenza di un vero diritto internazionale; così PÜTTER, op. cit., pag. 8 e segg., 15 e segg., LASSON, ***Princip und Zukunft des Völkerrechts,*** Berlin 1870, passim., ***System der Rechtsphilosophie,*** pag. 389 e segg., ZORN, *op. cit.*, vol. I, pag. 495 e segg., vol. II, 2ª ediz. Berlin 1897, pag. 411 e segg., SEYDEL, ***Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre,*** Würzburg 1873, pag. 32, POMEROY, ***Lectures on international law***, ed. by WOOLSEY, Boston and New Jork, 1886, pag. 23 e segg., ecc. E quanto a me credo che, data la premessa da cui muovono, sia perfettamente giustificata la conclusione, perchè, se il valore obbligatorio della norma deriva unicamente dalla volontà dello stato che l'ha posta, non vi è alcuna ragione per la quale esso non debba potersene sciogliere con un altro atto della sua volontà, che *giuridicamente* avrebbe lo stesso valore del primo; ed a questa conclusione arriva infatti esplicitamente il BERGBOHM (*Staatsverträge u. Gesetze*, pag. 88 e seg.), il quale parte dal principio che l'obbligatorietà del diritto internazionale riposa soltanto sulla volontà particolare dei singoli stati, sebbene egli non creda di dover negare per questo, ed anzi sostenga l'esistenza del diritto internazionale, e sebbene, con manifesta incoerenza alle sue premesse positiviste, creda di dover fare un'eccezione per quei principî, che egli chiama *verità giuridiche*, per le quali il riconoscimento positivo è soltanto un ***argumentum veritatis*** (pag. 89). Di qui l'impossibilità di fondare il diritto internazionale sul principio dell'auto-limitazione dello stato, come vorrebbero, oltre il BERGBOHM già citato, JELLINEK, ***Rechtl. Nat. der Staatenverträge,*** pag. 9 e segg., ***System der sub. öff. Rechte***, pag. 183 e segg., NIPPOLD, *op. cit.*, pag. 21 e segg., ULLMANN, *op. cit.*, pag. 24, STOERK, ***Staatsverträge***, nel ***Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts*** del v. STENGEL, ed altri. Su questa teoria, e sui motivi pei quali la ritengo insufficiente ed inutile nel campo nostro, vedi la mia ***Responsabilità dello stato***, pag. 69 e segg: nello stesso senso FRICKER, ***Noch einmal das Problem des Völkerrechts***, nella ***Zeitsch. f. d. ges. Staatswissenschaft***, vol. XXXIV, pag. 369 e seg., SELIGMANN, *op. cit.*, pag. 16 e segg., TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 77 e seg.

di stabilire regole obbligatorie ai rapporti loro, ossia ai rapporti di enti coordinati ed autonomi.

Di qui un duplice criterio di distinzione e di contrapposizione fra il diritto internazionale ed il diritto interno. Anzitutto per la diversa volontà che li pone in essere: il diritto internazionale emana dalla volontà collettiva di più stati, mentre le norme giuridiche interne sono sempre l'emanazione della volontà di uno stato, o meglio di una volontà appartenente ad uno stato, se non vuolsi pregiudicare la nota controversia intorno al fondamento del valore obbligatorio della consuetudine, che una buona parte dei giureconsulti considera come un diritto non statuale [1], ma sulla cui appartenenza al diritto interno non cade dubbio di sorta.

In secondo luogo per la diversa specie dei rapporti regolati: le norme giuridiche internazionali regolano i rapporti di enti coordinati ed autonomi, uniti in una comunità priva di organizzazione giuridica [2], e perciò prescindono affatto

---

[1] Confr. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 8ª ediz. curata da T. KIPP, vol. I, Frankfurt a. M. 1900, § 15 nota 1, e specialm. ZITELMANN, *Gewohnheitsrecht und Irrthum*, nell'*Archiv für die civilistiche Praxis*, vol. LXVI, 1883, pag. 360 e segg., che ha istituito un esame lucido e acuto delle varie teorie intorno al fondamento del valore obbligatorio della consuetudine. Vedi anche O. WENDT, *Rechtssatz und Dogma. Theorie und Praxis*, in IHERING'S *Iahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. XXII, 1884, pag. 324 e segg.; EISELE, *Unverbindlicher Gesetzesinhalt*, in *Arch. f. d. civ. Prax.*, vol. LXIX, 1886, pag. 289 e seg.; HÖLDER, *op. cit.*, § 16 e nota 1 ivi; UNGER, *op. cit.*, vol. I, pag. 33 e segg.; GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, § 20; REGELSBERGER, *op. cit.*, I, § 17 nota 7, 8; MICELI, *La forza obbligatoria della consuetudine considerata nelle sue basi sociologiche e giuridiche*, negli *Annali dell'università di Perugia. Pubblicazioni periodiche della facoltà di giurisprudenza*, nuova serie, vol. IX, fasc. 1-3, Perugia 1899, passim. e specialm. cap. 9. Tutti questi scrittori considerano la forza obbligatoria della consuetudine come indipendente dall'autorità dello stato.

[2] Sull'importanza di questo carattere distintivo dei rapporti interstatuali per la loro concezione giuridica, vedi specialmente v. KAL-

dall'esistenza di ogni potere sopra di essi, mentre le norme giuridiche interne regolano rapporti che si svolgono nel seno di società giuridicamente organizzate, e perciò contengono implicita un' idea di preminenza e di subordinazione, un *imperium* della collettività sopra i consociati.

I due criteri sono fra loro strettamente legati, e si richiamano e si spiegano a vicenda. I rapporti di enti coordinati ed autonomi, quali sono gli stati, non soggetti ad alcun potere superiore, non possono essere regolati in modo giuridicamente obbligatorio [1] se non dalla loro medesima volontà; e d'altro lato, se la volontà di più stati si esplicasse nel regolamento di rapporti di diverso genere, per esempio di rapporti fra individui o fra questi e lo stato, si avrebbe, per necessità di cose, un diritto uniforme o comune a più stati, ma non un diritto internazionale. Infatti, poichè non esiste veruna comunità giuridica che abbracci gl'individui, o questi insieme e gli stati, fuori e al di sopra dei singoli stati [2], il precetto

---

TENBORN, *Kritik,* pag. 312, BERGBOHM, *Staatsverträge u. Gesetze,* pag. 5, MERKEL, *op. cit.*, § 828, ULLMANN, *op. cit.,* pag. 13 e seg.

(1) Nel campo dell'etica la cosa è diversa. Non si può certamente negare l'obbligatorietà morale dei precetti che una volontà impone a sè stessa; e di qui il valore etico dell'auto-obbligazione, anche per chi non ne riconosce il carattere giuridico: confr. TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 77, ANZILOTTI, *Responsabilità dello stato,* pag. 71. Ma non si deve negare neppure un' obbligazione morale degli stati indipendente dalla loro volontà; anzi, quanto più si determina con criteri rigorosamente positivi il campo proprio del diritto internazionale ed il suo carattere volontario, tanto più chiara ed importante apparisce la funzione dell'etica nei rapporti interstatuali e la necessità di una valutazione più accurata di quella che se ne fa comunemente: vedi, per un'applicazione speciale, la mia *Responsabilità dello stato,* pag. 76 e seg., e da un punto di vista generale le osservazioni, pur talora suscettive di critica, del v. HOLTZENDORFF, *Einleitung,* § 19, RIVIER, *Principes,* I, pag. 24 e segg., ULMANN, *op. cit.,* pag. 24 ed altri.

(2) Il regolamento dei rapporti intercedenti fra gli individui, o fra gli stati, o fra gli uni e gli altri, per opera di una stessa volontà sarebbe possibile qualora si realizzasse quello che alcuni designano

giuridico apparirebbe, di fronte a coloro cui sarebbe rivolto, come l'emanazione della volontà di uno stato singolo, e precisamente di quello stato cui, per la speciale classe di rapporti contemplata dalla norma, appartengono i subietti interessati (1). Cosicchè, accanto ai rapporti che per tal guisa si formassero fra gli stati, consistenti, ad esempio, nel diritto o nel dovere reciproco di uniformare le loro leggi o di emanare determinate norme giuridiche, e via dicendo, che sarebbero, giusta il già detto, veri e propri rapporti di diritto internazionale, si avrebbero dei diritti uniformi o comuni a più stati, concordanti per il loro contenuto, ma non per il loro valore formale, perchè in ciascuno stato emanerebbero direttamente dalla volontà di questo, concorde bensì con la volontà di altri stati, ma in pari tempo necessariamente distinta nel potere di emanare i comandi o i divieti contenuti nella norma.

Data questa duplice distinzione fra le due cerchie giuridiche, è facile concluderne che fra le norme di diritto internazionale e quelle di diritto interno non vi può mai essere, per la contradizione che nol consente, identità formale, ma

---

come lo ***stato universale o mondiale;*** ma, a parte il valore di questa utopia, è evidente che ciò accadrebbe appunto perchè il diritto interno e il diritto internazionale non esisterebbero più, almeno nel senso che ora si attribuisce a queste espressioni.

(1) La cosa risulta chiarissima se avviciniamo al caso indicato nel testo quello in cui più stati regolano in modo diverso una stessa classe di fatti o di rapporti: così, una legge stabilisce delle norme per i testamenti che i cittadini fanno all'estero, ed un'altra legge ne stabilisce altre diverse per i testamenti fatti da stranieri nello stato. Dal punto di vista formale non vi è differenza, come ognuno comprende, fra il valore di queste due leggi, che regolano diversamente la stessa serie di fatti, e il valore di altre due leggi, che li regolano invece in modo identico. E ciò mostra appunto che la norma giuridica regolatrice di rapporti fra individui o fra individui e uno stato, emana sempre dalla volontà di una determinata organizzazione giuridica, cui, in ordine al caso previsto dalla norma, appartengono i subietti interessati. Confr. TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 16.

soltanto analogie materiali o di contenuto [1]. In questo modo il diritto internazionale viene a distinguersi nettamente da un complesso di regole giuridiche, che si trovano bensì in strettissimo rapporto con esso, sia perchè ne assicurano il valore pratico e ne traducono in atto i precetti, sia perchè provvedono a colmarne le numerose lacune, integrandone lo sviluppo ancora incompiuto ed imperfetto, ma che tuttavia, presentandosi come manifestazioni della volontà di uno stato singolarmente considerato, non hanno in sè stesse, nè possono avere, altro valore formale, che quello di norme giuridiche interne.

E poichè il diritto subiettivo, potestà riconosciuta e tutelata dall'ordine giuridico, non si può concepire nè ammettere se non sulla base e nei limiti del diritto oggettivo [2], così è impossibile che vi sieno altri subietti di diritti e di doveri internazionali oltre gli stati. Invero, un diritto o un dovere subiettivo internazionale in tanto sussiste, in quanto una norma giuridica internazionale accorda quel diritto o impone quel dovere; ora, se le norme giuridiche internazionali sono poste dalla volontà collettiva degli stati per regolare i loro rapporti, ne viene che i comandi o i divieti in esse contenuti riguardino soltanto gli stati, ed a questi soli conferiscano potestà o diritti, impongano limitazioni o doveri. L'individuo, come tale, sfugge all'impero di queste norme; ed è quindi impossibile, tanto che egli si renda colpevole della violazione loro [3], quanto che ne desuma diritti a proprio favore [4].

---

[1] Vedi i miei *Studi critici di diritto internazionale privato*, Rocca San Casciano, 1898, pag. 103 e seg.

[2] Il concetto è così comune che mi dispenso dal far citazioni. Il solo scrittore autorevole che si può citare in contrario è il DERNBURG, *Pandekten*, vol. I, § 39: vedi, in proposito, la mia *Responsabilità dello stato*, pag. 57, nota 1. Contro il DERNBURG anche GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, vol. I, pag. 252, e ZITELMANN, *Intern. Privatrecht*, vol. I, pag. 57 e seg.

[3] Vedi la mia *Azione individuale contraria al diritto internazionale*, passim.

[4] Confr. la mia *Responsabilità dello Stato*, pag. 130 e segg. (a

Ma se le norme di diritto internazionale regolano soltanto i rapporti fra gli stati, e soltanto a questi conferiscono diritti e doveri, è impossibile che le controversie regolate dal diritto internazionale vengano mai dinanzi alle autorità giudiziarie interne in questa loro qualità, e si può, per conseguenza, stabilire come principio generale, che queste autorità non pronunziano mai sentenze, il cui fondamento immediato sia nell'applicazione di una regola di diritto internazionale [1]. Chè se ad un'autorità giudiziaria interna venga, dalla concorde volontà di più stati, deferito l'incarico di risolvere una loro controversia, è evidente che tale funzione non è già esercitata dall'autorità giudiziaria in questa sua qualità, ma in quella, ben diversa, di tribunale arbitrale internazionale; non dalla legge dello stato che l'ha istituita desume il suo potere eccezionale, ma dalla volontà degli stati contendenti; non ha più dietro di sè, ad assicurare il valore de' suoi pronunziati, la forza coercitiva dello stato, ma quella, ben diversa, del rispetto che hanno gli stati civili per le decisioni arbitrali. Il caso, verificatosi alcuni anni or sono in una controversia tra la Francia ed il Nicaragua, che fu deferita al giudizio della cassazione francese [2], risponde esattamente a

---

proposito della ***responsabilità internazionale dello stato per danni recati a privati stranieri***).

[1] In questo senso esplicitamente Hölder, *op. cit.*, pag. 82 e Triepel, *op. cit.*, pag. 438-39. Va invece tropp'oltre, come vedremo, Jellinek, *System*, pag. 314, che si esprime in modo da escludere in ogni caso l'applicabilità del diritto internazionale da parte degli organi giudiziari.

[2] Su questo caso vedi Renault, ***Un litige international devant la cour de cassation de France***, nella ***Revue de droit international***, vol. XIII, 1881, pag. 22 e segg. Un caso analogo, meno noto del precedente, è riportato negli ***Annalen des deutschen Reichs***, 1877, pag. 993 e segg.: il tribunale superiore d'appello di Lübeck pronunziò, come tribunale arbitrale, il 28 giugno 1877, una sentenza, con cui decise una controversia fra la Prussia e la Sassonia, relativa all'interpretazione del trattato 6 luglio 1872 riguardante la ferrovia Berlino-Dresda.

questi concetti e dimostra, con la forza dei contrari, l'esattezza del principio generale stabilito. Il qual principio, del resto, appare così intimamente legato col concetto stesso del diritto internazionale, quale si è venuto delineando nei più recenti studi e quale, diciamolo pur francamente, bisogna che sia, se non vuol trovarsi in contrasto con le più sicure esigenze del pensiero contemporaneo, che la dimostrazione e lo svolgimento logico di esso dev' essere, in pari tempo, saggio e riprova della bontà di questa concezione scientifica.

Questa dimostrazione, però, è ben lungi dall' esaurire il nostro argomento. Vi ha, infatti, tutta una serie di casi, in cui i tribunali interni, mentre decidono controversie regolate dal diritto interno, hanno occasione di occuparsi dei principî e delle regole del diritto internazionale: sono quei casi, in cui il diritto internazionale serve a risolvere questioni pregiudiziali o incidentali connesse con lo svolgimento del processo. Rispetto a questi casi, è evidente che non trova applicazione il principio generale ora esposto, perchè vien meno la ragione su cui riposa; la questione va esaminata con altri criteri e da altri punti di vista, e soprattutto indagando la posizione del giudice rispetto allo stato e al diritto internazionale, cui lo stato è immediatamente soggetto. Questo, come vedremo, è il vero e proprio campo dell' applicazione giudiziaria del diritto internazionale, perchè qui il giudice si trova con esso in immediato contatto e ne applica veramente le regole, mentre nella soluzione delle controversie principali, qualunque ne sia la natura, il diritto internazionale può soltanto fornirgli i criteri per stabilire la norma interna applicabile o per interpretarla. L' applicabilità del diritto internazionale da parte degli organi giudiziari interni si determina dunque, anzitutto e principalmente, mediante la distinzione fra le questioni principali e le questioni pregiudiziali o incidentali: esclusa ogni possibilità di applicazione nel primo caso, rimane intera nel secondo, salvo desumerne da altri criteri i limiti ed il significato. E questo è, per me, il principio generale che risolve il nostro problema; tralascio, invece, ogni distinzione fra interessi individuali e collettivi

tutelati dalla norma e fra interessi di maggiore o minore entità; criteri tanto poco fondati e sicuri, quanto spesso ac colti dagli scrittori e dalla giurisprudenza (¹), perchè gli interessi tutelati dalle norme giuridiche internazionali non possono essere che interessi degli stati, e quindi collettivi, e la entità loro è troppo superficiale ed incerto criterio per fondarvi una teoria qualunque.

Ai risultati negativi, conseguiti nella prima parte della nostra indagine, terranno così dietro quelli positivi della seconda. Sorge, allora, un altro ordine di questioni, general-

---

(¹) Così, da un punto di vista generale, il DESPAGNET, *op. cit.*, pag. 264. Ma il criterio dell'interesse e della sua entità ha assunto una parte fondamentale nel solo punto della nostra questione, che è stato fin qui un po' più approfondito, cioè l'applicabilità dei trattati internazionali da parte dell'autorità giudiziaria, per opera specialmente della giurisprudenza e della dottrina francese: vedasi l'esposizione della prima in DALLOZ, *Répertoire*, v. *Traité international*, nn. 152 e segg., e più di recente in APPERT, *De l'interprétation des traités diplomatiques au cours d'un procès*, nel *Journal du droit international privé*, vol. XXVI, 1899, pag. 433 e segg., il quale però combatte la teoria prevalente e propugna la competenza dell'autorità giudiziaria rispetto a tutti i trattati *approvati dalle camere*. Fra gli scrittori francesi adottano più o meno esplicitamente il criterio dell'interesse: PIÉDELIÈVRE, *Précis de droit international public ou droit des gens*, Paris 1894-95, vol. I, n. 356; LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, 2ª ediz., Paris 1896, vol. II, pag. 47 e segg.; DUCROCQ, *Théorie de l'extradition*, nella *Revue critique de législation et de jurisprudence*, vol. XXIX, 1866, pag. 507 e segg., *Cours de droit administratif*, 7ª ed., Paris 1897-98, vol. II, pag. 22; FERAUD GIRAUD, *Séparation des pouvoirs*, vol. II, n. 155 (ap. APPERT, *loc. cit.*, pag. 458, nota 3); CHRÉTIEN, nota nel *Journ. du dr. intern. pr.*, vol. XIII, 1886, pag. 747; BEQUET, nota nel *Dalloz périodique*, 1878, I, 137, ecc. Di scrittori non francesi mi limito a citare il FIORE, *Dir. intern. pubblico*, vol. II, pag. 342 e seg., ed il CALVO, *op. cit.*, vol. III, n. 1660. Dovendo occuparmi fra poco più di proposito della questione, rinunzio qui ad ogni apprezzamento critico di queste dottrine; il punto di vista dal quale mi colloco per risolverla è però, come si vedrà meglio in seguito, completamente diverso.

mente trascurate o non viste, e tuttavia meritevoli di attenta considerazione per l'importanza scientifica e pratica che presentano: sono le questioni riguardanti l'applicazione giudiziaria del diritto internazionale, i limiti entro cui rimane, il modo onde avviene, gli effetti che ne derivano.

Ed ecco così delineato lo svolgimento del nostro studio, nei tre punti fondamentali, cui sono dedicati i tre capitoli seguenti: anzitutto, la dimostrazione che in verun caso il giudice interno risolve controversie direttamente regolate dal diritto internazionale; indi, la dimostrazione che il giudice può e deve applicare il diritto internazionale per la risoluzione di questioni pregiudiziali o incidentali dipendenti da questo diritto e connesse con lo svolgimento di un processo regolato dal diritto interno; infine, l'esame delle questioni sollevate dall' applicazione giudiziaria del diritto internazionale.

CAPITOLO SECONDO

L'inapplicabilità del diritto internazionale alle questioni sottoposte in via principale o diretta agli organi giudiziari interni.

Che i tribunali interni non sieno chiamati a risolvere le controversie fra gli stati, è principio che nessuno certamente ha mai posto in dubbio; onde, le opinioni incerte e contradittorie intorno alla funzione dell'autorità giudiziaria nell'applicazione del diritto internazionale non derivano già dal non convenire su questo punto, che è anzi al di fuori d'ogni discussione [1], ma bensì dall'ammettere che al diritto internazionale

[1] La nota controversia intorno alla competenza dei tribunali di uno stato in confronto di uno stato estero non riguarda, come ognun vede, il nostro problema. Vi è però un'ipotesi, che non si può passare del tutto sotto silenzio, perchè è la sola in cui la proposizione enunciata nel testo si presenta, a prima vista, suscettiva di qualche dubbio: mi riferisco al caso che una controversia di natura giuridico-privata verta fra l'erario nazionale ed un erario straniero. L'ipotesi solleva due questioni distinte, ma fra loro strettamente connesse; l'una riguardante la natura giuridica delle norme applicabili a questi rapporti, l'altra la competenza dell'autorità giudiziaria. Un diritto civile, qualunque sia il soggetto a cui spetta, non può avere il suo fondamento immediato nelle norme internazionali, che regolano i rapporti fra gli stati nella loro qualità di enti coordinati ed autonomi, e perciò riguardano una cerchia di attività completamente diversa da quella cui si riferiscono le norme di diritto privato (confr. v. Liszt, *op. cit.*, pag. 150 e seg.). Il concetto di un *diritto internazionale privato,* inteso come un complesso di norme regolatrici dei rapporti di diritto privato fra gli stati (Cimbali, *Di una nuova denominazione del cosiddetto diritto*

spetti anche la soluzione di altre controversie, le quali, e per la natura loro e per i subietti fra cui intercedono, debbono

---

internazionale privato e de' suoi effetti fondamentali, Roma 1893, specialm. pag. 37 e segg.), incontra due obiezioni perentorie. La prima, che non si può dimostrare l'esistenza di queste norme, perchè nessuna volontà collettiva degli stati si è mai formata per regolare i loro rapporti di diritto privato: la recezione, nel senso già da noi spiegato, di principî ed istituti romanistici, risponde in parte ad una speciale concezione dello stato, lo stato patrimoniale, non ad una particolare cerchia di rapporti interstatuali (vedi sopra pag. 29 e segg., e specialm. la nota a pag. 32; confr. TRIEPEL, *op. cit.,* pag. 221 e seg.). L'altra obiezione sta nella impossibilità razionale di norme siffatte. Uno stato, il quale pone in essere negozi giuridico-privati, lo fa valendosi delle norme che regolano una determinata cerchia di attività individuali, precisamente perchè, a quel particolare effetto, apparisce e funziona come uno dei membri di quella collettività: uno stato, pertanto, che acquista un diritto privato, lo acquista sempre, o in base alle norme giuridiche interne in esso vigenti, o in base a quelle vigenti in un altro stato. In questo secondo caso, lo stato che acquista il diritto non apparisce, a tale riguardo, come ente coordinato ed autonomo rispetto allo stato dove vigono le leggi in base alle quali lo acquista, ma bensì come un membro della comunità giuridica statuale, coordinato agli altri componenti di questa e però subordinato al potere supremo, da cui essa riceve la propria organizzazione; tant'è vero che queste norme possono accordare o rifiutare allo stato estero certi diritti, ad esempio quello di essere proprietario di beni immobili, ed imporgli dei doveri, senza il concorso ed anche contro la sua volontà. Il rapporto di coordinazione, caratteristico delle relazioni internazionali, cede qui il posto al rapporto di subordinazione, caratteristico delle relazioni statuali. Se l'Italia acquista in Francia dal governo francese un fondo per costruirvi il palazzo di una istituzione di beneficenza, il diritto di proprietà dell'Italia non può avere il suo fondamento altro che nel diritto civile francese, perchè, in questo caso ed a questo speciale effetto, l'Italia apparisce non come un ente coordinato alla Francia e rispetto ad essa autonomo, ma come uno degli elementi della comunità giuridica organizzata e regolata dalle leggi francesi; solo in questo modo può valersi delle norme giuridiche ivi imperanti per desumerne un diritto subiettivo. La conclusione è che i rapporti di diritto privato fra gli stati non sono regolati da norme

esser decise dai tribunali dei singoli stati. Quell'indefinita ed oscillante determinazione del contenuto e dei rapporti fra le due cerchie giuridiche, di cui ho prima additato le ragioni ed i caratteri principali, si ripercuote e si rispecchia nel nostro argomento, dove però si raccoglie ed in certo modo si riassume intorno ad una causa fondamentale costante; il non distinguere, cioè, con la dovuta precisione, i rapporti e le norme di diritto

---

internazionali perchè sono necessariamente applicabili ad essi le norme del diritto privato interno, e in caso di conflitto quelle del diritto internazionale privato: in questo senso SIGNORELLI, ORRÙ, MACRÌ e CORSI, ap. CIMBALI, *op. cit.*, pag. 57, 62, 69 e segg., 75; v. LISZT, *op. cit.*, pag. 150 e segg., e specialm. KAHN, *Abhandlungen aus dem internationalen Privatrecht*, II: *Ueber Inhalt, Natur und Methode des internationalen Privatrechts*, in IHERING'S, *Iahrbücher*, vol. XL, 1898, pag. 5 e segg., il quale giustamente osserva che postulare un diritto internazionale privato per questi rapporti sarebbe come postulare un *diritto di stato privato (privates Staatsrecht)* per gli atti giuridico-privati che compie lo stato nell'interno; il diritto internazionale privato di Cimbali ha tanto poco che fare col diritto internazionale, quanto i negozi giuridico-privati delle chiese col diritto ecclesiastico o i mutui delle società per azioni col diritto che regola queste società. Altra è poi la questione, se le controversie nascenti dai rapporti di questo genere possano esser portate dinanzi ai tribunali interni, secondo le ordinarie regole di competenza. La questione fu fra le tante discusse in occasione del notissimo caso Zappa; si possono vedere, intorno a questo punto, specialmente DE MARTENS, *Mémoire sur le conflit entre la Grèce et la Roumanie concernant l'affaire Zappa*, Athènes 1893, che sostiene la competenza dei tribunali ordinari, e in senso opposto G. STREIT, *L'affaire Zappa. Conflit greco-roumain*, Paris 1894, §§ 28-32; così pure FLAISCHLEN, *Réflexions sur l'acquisition d'un immeuble par un état étranger*, nella *Rev. de dr. intern.*, vol. XXVI, 1894, pag. 102 e seg., e v. LISZT, *op. cit.*, pag. 60. A me non giova entrare in questo grave problema, perchè mi basta constatare che se si afferma la competenza dei tribunali interni ciò accade soltanto perchè si ritiene, ed in quanto si ritiene, che la controversia fra i due stati sfugga alle norme del diritto internazionale e sia regolata unicamente da quelle del diritto privato interno: la conclusione, lungi dall'infirmare, conferma dunque eloquentemente il principio enunciato.

internazionale da alcuni rapporti e norme di diritto interno, che in varie guise vi si collegano ed intrecciano. In molti casi la distinzione è, a dir vero, assai facile; basta la semplice osservazione dei fatti per coglierla in tutto il suo valore e riconoscerne le molteplici conseguenze: in altri, invece, dato lo svolgimento storico e le condizioni presenti della nostra disciplina, pur non essendo men certa e necessaria, è assai men facile a stabilirsi con esattezza, e lascia maggiore adito a dubbi e difficoltà. Confido però di poter dimostrare che il principio generale sopra stabilito, non darsi, cioè, mai applicazione in via principale o diretta delle norme giuridiche internazionali da parte dei tribunali interni, risponde in ogni caso alla realtà delle cose ed alla retta interpretazione dei principî giuridici.

Il diritto internazionale rivolge i suoi precetti soltanto agli stati, ed a questi soli accorda diritti e impone doveri: ciò, come abbiam visto, per la natura stessa delle norme di cui si compone. Ma i diritti e i doveri degli stati, nel maggior numero dei casi, acquistano valore pratico e possibilità di attuazione solo in quanto diventano, alla loro volta, fondamento ed origine di altri diritti e doveri, che spettano, sia agli organi dello stato, sia ai privati individui. Se il subietto del diritto internazionale è lo stato, ciò non vuol dire che anche lo scopo sia un bene dello stato astrattamente considerato. Lo scopo del diritto internazionale, come di ogni altra parte del diritto, è il bene umano, nel più ampio senso della parola; ed il bene umano si risolve quasi sempre in una somma di utilità e di vantaggi individuali. Così accade che molti diritti e doveri spettanti allo stato nell'ordine dei rapporti internazionali consistano appunto nell'assicurare certi vantaggi ed utilità agli individui, mediante il conferimento di determinati diritti [1]. Parimente, non è facile che un dovere dello stato verso altri stati non tragga seco la necessità d'imporre ad alcuni indi-

---

[1] « *Man kann daher sagen, die Privatpersonen seien Nutzniesser, usufructuarii der Rechte, welche ihrem Staate völkerrechtlich zustehen* ». GAREIS, *Institutionen*, pag. 148.

vidui, od anche a tutti i consociati, dei doveri corrispondenti; corrispondenti, intendo, per lo scopo, non per il contenuto, che può essere sostanzialmente diverso. L'attività dello stato, in ultima analisi, non è che una somma d'attività individuali coordinate e regolate dal diritto; onde è facile intendere come il dovere internazionale dello stato abbia, il più delle volte, per oggetto d'imprimere una determinata direzione all'energie individuali, rivolgendo loro determinati comandi o divieti. Tutto questo vuol dire che i diritti e i doveri internazionali si esercitano e si adempiono, in un buon numero di casi, mediante l'emanazione di norme giuridiche da parte dello stato, che è subietto del diritto o del dovere. La qual cosa non significa, si guardi bene, che tutto il contenuto del diritto o del dovere si esaurisca con l'emanazione delle norme giuridiche di cui parlo ([1]); significa soltanto che nel contenuto di questo diritto o dovere rientra anche, e spesso ne è la più notevole parte, l'emanazione di quelle norme; le quali hanno senza dubbio il loro remoto fondamento nel diritto internazionale, e da questo e dalle sue esigenze traggono la loro ragione ed il loro intimo significato, ma, in sè considerate, non sono nè possono essere altro che norme di diritto interno, perchè derivano da un atto di volontà dello stato, che *presuppone* l'esistenza di un diritto o di un dovere dello stato stesso verso altri stati, e ne rimane perciò completamente distinto.

Vi è, poi, da considerare un altro fatto. Chi prenda in esame lo sviluppo del diritto internazionale ai giorni nostri, e lo ponga a raffronto con lo svolgimento contemporaneo dell'attività sociale, in tutte quelle molteplici e complesse forme, che, esorbitando dai confini dei singoli stati, cercano nella concorde opera di questi la loro più efficace tutela, se potrà constatare un notevolissimo e rapido progresso nel primo, dovrà anche riconoscere quanto esso sia, e debba per lungo tempo ancora verosimilmente rimanere, inadeguato ai bisogni della seconda. Quali sieno le cause, eminentemente complesse,

---

([1]) Confr. Triepel, *op. cit.*, pag. 296 e seg.

di questo fatto, e quali previsioni si possano fare pel futuro, è ardua ricerca, che non può di certo qui trovar luogo: a me basta averlo rilevato, perchè vi ritrovo la causa prima e la spiegazione di un' altra vasta parte di norme giuridiche interne, che col diritto internazionale hanno ben stretti rapporti, e che, al pari e più di quelle precedentemente accennate, sono occasione d' inesattezze o di errori nella soluzione del nostro problema. La mancanza di norme giuridiche internazionali in molte materie, che, per la natura loro, o per l' importanza acquistata, ne mostrano maggiore il bisogno, determina infatti, da parte dei singoli stati, l'emanazione di norme giuridiche interne, destinate a soddisfare, nel modo limitato ed imperfetto che è consentito dall'indole di queste norme e dalla ristretta misura della loro applicabilità, a quei bisogni, cui assai meglio e più efficacemente provvederebbero norme d'altra natura. Talora queste leggi hanno col diritto internazionale assai lontani contatti; sono semplicemente leggi in cui entra la considerazione d'interessi generali dei popoli civili [1], ma delle quali

---

[1] Così una buona parte delle leggi relative alla sicurezza della navigazione, all'ordinamento dei mezzi di trasporto e di comunicazione, e via dicendo, quando le dette leggi non sieno invece la conseguenza di un dovere internazionale dello stato. — Giova notare però che il criterio di distinzione fra queste leggi, quelle accennate prima e le altre di cui parlo dopo, non può essere che relativo, perchè dipende direttamente dal grado di sviluppo dell'attività sociale e dal modo d'intendere la coesistenza degli stati ed i doveri che ne derivano, in un dato momento storico: leggi che riguardavano esclusivamente o prevalentemente interessi particolari dello stato, vengono via via svolgendosi per la più efficace tutela d'interessi d'ordine generale, arrivano talora al punto di adempiere una vera funzione internazionale, o di trasformarsi in leggi imposte agli stati da un vero e proprio dovere internazionale. Un esempio caratteristico ci è fornito dalle norme, sostanzialmente uguali, che vigono in quasi tutti gli stati marittimi intorno ai mezzi di evitare gli urti di navi (per l'Italia regolamento 13 dicembre 1896, *Gazzetta Ufficiale* 15 gennaio 1897). Queste norme derivano indubbiamente dalla recezione del diritto inglese, codificato negli atti del 1846 e del 1854 con lo scopo di

non si potrebbe dir certamente che risolvono problemi o regolano materie, che, intrinsecamente considerate, spetterebbero al

---

sottrarre la materia agli usi locali incerti e variabili e di accompagnarla a rigorose sanzioni penali, come hanno mostrato esaurientemente Romberg, *Strassenrecht auf See*, Bremen 1870, pag. 4 e segg.; Perels, *op. cit.*, pag. 132 e segg.; Prien, *Zusammenstoss von Schiffen*, Berlin 1896, pag. 151 e segg., ecc. In seguito furono oggetto di trattative fra gli stati; particolarmente importanti, per la storia di questa materia, quelle del 1862 fra la Francia e l'Inghilterra, e le conseguenti *Regulations for preventing collisions at sea* del medesimo anno, che divennero la base di tutti i regolamenti emanati in seguito dai vari stati. Ma una accettazione formale esplicita non ha mai avuto luogo: anche la conferenza di Washington del 1889 fu una rielaborazione delle norme da parte di periti tecnici, e l'atto finale, pubblicato nel *Nouveau Recueil Général* del de Martens, serie seconda, vol. XVI, pag. 415 (sui lavori della conferenza vedi lo stesso volume, pag. 363 e segg. e il vol. XXII, pag. 113), non ha di certo il carattere di un trattato internazionale (in questo senso anche Triepel, *op. cit.*, pag. 278, nota 2 e v. Liszt, *op. cit.*, pag. 204 e seg.; pare invece che ammetta un trattato Gareis, *Institutionen*, pag. 172). Si potrebbe forse dimostrare l'esistenza di un accordo tacito, come pare ammetta lo Stoerk, *Das offene Meer*, nel vol. II del *Handb. des Völkerrechts* del v. Holtzendorff, pag. 546. Ma, senza entrare in questa non facile ricerca, è fuori di dubbio che le disposizioni di cui parlo si sono venute formando e svolgendo nei singoli stati per la tutela di un interesse generale, che era in pari tempo interesse di ciascuno di essi; che, ad un certo punto, hanno cominciato ad adempiere una funzione internazionale, tenendo luogo di norme interstatuali che facevano difetto; e, se vogliasi ammettere la tesi di un tacito accordo degli stati intorno all'obbligo di avere quelle date norme, esse si sarebbero in seguito trasformate in leggi imposte dal diritto internazionale: se non si ammette l'esistenza attuale di un accordo tacito, questa trasformazione si può sempre concepire come possibile per il caso in cui gli stati accettassero formalmente i risultati della conferenza. Un altro esempio notevole l'abbiamo nello svolgimento storico della legislazione inglese in materia di neutralità. I primi statuti non sembrano affatto ispirati all'idea dell'osservanza di un dovere internazionale, ma soltanto alla tutela di un interesse dello stato. Lo *stat. 3, Giacomo I, cap. 4* e lo *stat. 1,*

diritto internazionale. In altri casi, invece, si verifica proprio questo fatto, che, cioè, le norme giuridiche in discorso risolvono problemi o regolano materie, le quali, in sè considerate, sarebbero indubbiamente di spettanza del diritto internazionale: altrove ne ho additato e studiato l'esempio forse più notevole nelle leggi interne relative al cosiddetto diritto internazionale privato [1]. È anche questa, del resto, una conseguenza naturale della legge di evoluzione: divenuta necessaria una funzione, cui mancano ancora organi appositi, essa viene intanto esercitata da altri organi, nel modo limitato ed imperfetto che è consentito dalla loro indole; così, in mancanza di norme giuridiche internazionali relative a questa materia e di giudici atti ad applicarle e farle valere, provvedono gli stati con proprie leggi e per mezzo di propri giudici a compiere un ufficio reclamato dalle cresciute esigenze della giustizia e della civiltà [2]. Ora è facile comprendere come in questi casi le affinità intrinseche o sostanziali possano acquistare, agli occhi di chi consideri la cosa un po' superficialmente, tanta importanza da far trascurare, o almeno lasciare in seconda linea, la *diversità formale* delle norme, che pure ha tanto e sì decisivo valore dal punto di vista giuridico. E questa tendenza, resa possibile e favorita dalle molteplici cause storiche e razionali, che han prodotto e mantengono tanta incertezza sui concetti fondamentali della

---

Guglielmo e Maria, cap. 8, considerano il fatto di entrare al servizio militare di uno stato estero come atto di fellonia, e lo stesso concetto, salvo una maggiore estensione degli atti vietati, informa lo ***stat.*** *9, Giorgio II, cap. 30* e *29, Giorgio II, cap. 17:* lo scopo di questi statuti era semplicemente d'impedire che gli stati esteri reclutassero le loro forze fra i sudditi della corona britannica. Il primo vero atto di neutralità inglese è il *Foreign Enlistment Act* del 1819 (*59, Giorgio III, cap. 5*), determinato dalla parte presa dai sudditi inglesi nella guerra fra la Spagna e le sue colonie d'America: confr. Cobbett, *op. cit.*, pag. 176 e seg.

(1) *Studi critici di diritto internazionale privato.* II, *Leggi interne in materia internazionale.*

(2) Vedi lo studio citato, specialmente a pag. 135 e segg.

nostra disciplina, riceve poi maggiore impulso dal fatto che, assai spesso, in queste materie non mancano neppure alcuni principî generali di vero e proprio diritto internazionale, fondamento o limite, a seconda dei casi, della funzione legislativa dei singoli stati; principî troppo scarsi ed indeterminati per dispensare lo stato da questa funzione, ma sufficienti per rendere più incerta, malsicura e difficile la distinzione di ciò che è veramente imposto dal diritto internazionale, da quelli elementi che vi aggiunge la volontà particolare di ogni legislatore [1]. Onde accade anche più facilmente che, trascurato il valore formale di queste norme, vi si scorga quasi soltanto il riflesso e l'applicazione di un ordine superiore di principî giuridici, cui lo stato si limiti a dare la sanzione materiale della sua autorità.

Tali, sommariamente riassunte, le cause principali a cui si collega l'esistenza di numerose regole di diritto interno, che con quelle del diritto internazionale si trovano in stretto e talora indissolubile rapporto. Se ora poniamo mente all'indole di questo rapporto, scorgiamo facilmente che esso assume due aspetti nettamente distinti, i quali corrispondono, in sostanza, alla diversa natura delle due cause accennate. Infatti, le norme di diritto interno di cui ci occupiamo possono essere la conseguenza di diritti o di doveri internazionali dello stato, nel senso esatto della parola, oppure possono semplicemente adempiere una funzione, che interessa la vita internazionale: nel primo caso, sono emanate dallo stato nell'esercizio di un diritto o nell'adempimento di un dovere internazionale, e sono perciò norme di diritto interno internazionalmente rilevanti; nel secondo caso, lo stato non si può dire che adempia

---

(1) Vedasi, per un esempio caratteristico, la mia *Responsabilità dello stato*, pag. 125 e segg. Così pure le leggi relative alla neutralità, quando proibiscono ai sudditi certi fatti (violazione del blocco, trasporto del contrabbando di guerra), rispetto ai quali il diritto internazionale vigente non obbliga lo stato a proibire, ma semplicemente autorizza il belligerante a impedirli e reprimerli coi mezzi che ha a propria disposizione.

un dovere giuridico od eserciti una facoltà che gli spetta in virtù del diritto internazionale, ma il valore internazionale delle norme deriva dalla materia delle loro disposizioni. Ora non è difficile mostrare, e mi propongo di farlo con rapidi accenni, tenendo conto quasi esclusivamente di quei casi che hanno dato o possono dar luogo a maggiori difficoltà, che in ambedue queste ipotesi le norme giuridiche interne rimangono nettamente distinte da quelle internazionali; che le relazioni di diritto e le controversie a cui possono dar luogo sono tutt' altra cosa dai rapporti che presuppongono o determinano fra gli stati e dalle controversie che a questi rapporti si riferiscono; e che, per conseguenza, l' applicazione fattane dalle autorità giudiziarie di uno stato nella risoluzione delle controversie deferite al loro esame, è sempre e soltanto applicazione di un diritto interno.

Il duplice criterio, formale e materiale, per cui si distinguono il diritto internazionale e il diritto interno [1], deve naturalmente trovare la sua applicazione per distinguere tutte le forme di diritto interno internazionalmente rilevante dalle regole del diritto internazionale. In primo luogo infatti, e dal punto di vista formale, le norme di diritto interno internazionalmente rilevanti derivano sempre da un atto di volontà dello stato individualmente preso, che ha in sè stesso l' attitudine a dar vita a quelle norme giuridiche, e che perciò è necessariamente diverso dall' atto di volontà con cui lo stato medesimo abbia concorso a dar vita al rapporto giuridico interstatuale o alle norme di diritto internazionale, che gli accordano quel diritto o gl' impongono quel dovere. Può darsi benissimo, e ne studieremo fra poco il caso più grave, che i due atti di volontà dello stato appaiano materialmente riuniti in uno solo; ma questa non è e non può essere che un' apparenza, perchè, per necessità di cose, altra è la volontà di acquistare un diritto o di assumere un dovere in confronto ad altri stati,

---

[1] Vedi il capitolo precedente, pag. 41 e seg.

altra la volontà di emanare le disposizioni rivolte a permettere l' esercizio di quel diritto o l' adempimento di quel dovere. In secondo luogo poi, e dal punto di vista materiale, le norme di diritto interno imposte o permesse dal diritto internazionale regolano sempre un ordine di rapporti diverso da quello a cui si riferiscono le regole internazionali, che le impongono o le permettono. Il rapporto giuridico fra gli stati si sostanzia, infatti, nel diritto o nel dovere di emanare quelle norme; ma queste poi debbono, per necessità di cose, contemplare un ordine di fatti e di rapporti soggetto alla potestà dello stato che le emana, e perciò affatto diverso da quello contemplato dalle norme giuridiche internazionali.

Norme di diritto interno possono essere volute dal diritto internazionale in vari modi. Anzitutto può darsi che sieno da questo presupposte nella determinazione dei diritti e dei doveri internazionali degli stati, od anche considerate come una condizione per il godimento o l'esercizio di certi diritti (1). Così, ad esempio, quando il diritto internazionale stabilisce i diritti e i doveri degli stati riguardo alla navigazione marittima, presuppone che questi stati abbiano proprie leggi per determinare la nazionalità delle navi (2): quando stabilisce il diritto e il dovere della estradizione di chi ha commesso certi fatti, presuppone una legislazione che proibisca quei fatti ed autorizzi i pubblici funzionari alle misure coercitive contro chi se n' è reso colpevole (3): quando stabilisce il diritto e il dovere

---

(1) Confr. TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 289 e segg.

(2) Vedi in proposito specialmente PERELS, *op. cit.*, pag. 50 e seg.; STOERK, *Das offene Meer*, pag. 520 e segg.; DESPAGNET, *op. cit.*, pag. 467 e segg.; HEILBORN, *op. cit.*, pag. 212 e segg.; GAREIS, *Institutionen*, pag. 166 e seg., ecc.

(3) Le leggi a cui mi riferisco nel testo non sono, come ognuno intende, soltanto nè principalmente le cosiddette *leggi di estradizione*, ma piuttosto le leggi penali nel loro complesso, sulla cui base nasce la possibilità dei rapporti di estradizione fra gli stati. Le leggi di estradizione sono di regola *leggi di autorizzazione,* che permettono al potere esecutivo di procedere, entro certi limiti, alla stipulazione

dello stato ad una determinata protezione delle opere industriali, letterarie, artistiche ecc. di determinati individui, i quali abbiano adempiuto le formalità stabilite dalle leggi dei rispettivi paesi, presuppone l'esistenza di queste leggi [1]. Parimente, se uno stato vuol assicurare alle sue truppe la condizione di legittimi combattenti, deve provvedere ad organizzarle nei modi voluti dal diritto internazionale [2]; le norme che stabi-

---

dei trattati o di eseguire la consegna di determinati individui: vedi v. MARTITZ, *op. cit.*, vol. I, pag. 451, nota 69, e l'art. 1 delle leggi belghe 1 ottobre 1833 e 15 marzo 1874, l'art. 16 della legge olandese 13 agosto 1849, l'art. 1 del regolamento lussemburghese 31 decembre 1841 e della legge del medesimo stato 13 marzo 1870, l'art. 1 della legge argentina 25 aprile 1885, l'art. 1 della legge peruviana 17 ottobre 1888, gli art. 1 e 16 della legge federale svizzera 22 gennaio 1892 (raccolte ap. v. MARTITZ, *op. cit.*, vol. II, Leipzig 1897, pag. 771 e segg., e nei volumi dell'*Annuaire de législation étrangère*). Infatti la legge di estradizione non è necessaria, allorchè il potere esecutivo è senz'altro investito della facoltà di procedere agli atti di cui si parla; confr. TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 410 e seg.

[1] Si vedano specialmente gli art. 2 e 6 della convenzione di Parigi 20 marzo 1883 (pubblicata, coi lavori preparatorî e le discussioni, nel *Nouveau Recueil Général* di DE MARTENS e STOERK, serie seconda, vol. X, pagg. 3, 133, 180, 451, ed in *Trattati e convenzioni fra il regno d'Italia e gli altri stati raccolti per cura del ministero degli affari esteri,* vol. IX, Roma 1884, pag. 152 e segg.), e l'art. 2 della convenzione di Berna 9 settembre 1886 (*Nouveau Recueil général* serie seconda, vol. XII, pag. 1 e segg., *Trattati e convenzioni* ecc., vol. XI, Roma 1889, pag. 75 e segg.). Alcune considerazioni notevoli sui rapporti fra i principî di diritto internazionale stabiliti con queste convenzioni, e con altre simili stipulate da stati singoli, e le leggi interne, in DAMBACH, *Die Staatsverträge über Urheberrecht, Musterschutz, Markenschutz und Patentrecht,* nel vol. III del *Handb. des Völkerrechts*, pag. 583 e segg., MEILI, *Die internationalen Unionen über das Recht der Verkehrsanstalten und des geistigen Eigenthums*, Leipzig 1889, v. BAR, *Theorie u. Praxis,* vol. II, pag. 257 e segg., 267 e seg., 288 e segg.

[2] Presentano, da questo lato, particolare importanza internazionale le disposizioni relative all'ordinamento ed all'istruzione delle

liscono quest'organizzazione sono pertanto il presupposto necessario perchè lo stato possa reclamare dall'altro belligerante

---

milizie: uno dei loro scopi, e talora addirittura il principale, è appunto quello di assicurare a questa parte delle forze nazionali il trattamento dei legittimi combattenti; vedi in proposito specialm. GRENANDER, *Sur les conditions nécessaires, selon le droit des gens, pour avoir en guerre le droit d'être considéré et traité comme soldat*, trad. dallo svedese nella *Revue pratique de droit français*, 1881, pag. 471 e segg., e LUEDER, *Das Landkriegsrecht im Besonderen*, nel *Handb. des Völkerrechts*, vol. IV, §§ 91, 92, pag. 373 e segg. Così, ad esempio, per l'Italia *l'istruzione sull'ordinamento della milizia territoriale*, approvata con R. Decreto 8 novembre 1888 (*Gazzetta Ufficiale* 14 novembre dello stesso anno), art. 2: « *La milizia territoriale forma parte integrante dell'esercito* ecc. ». Più esplicitamente il § 1 della legge austriaca 6 giugno 1886: *Der Landsturm ist ein integrirender Theil der Wehrkraft und als solcher unter völkerrechtlichen Schutz gestellt* ». Nello stesso senso si esprimono i motivi della legge germanica 12 febbraio 1875 sull'ordinamento del Landsturm: « *An Stelle des ungeregelten Massenaufgebots soll eintretenden Falles die militärische Organisation des Landsturms und die Unterordnung desselben unter die Militärgesetze treten. Dadurch wird die Grundlage gewonnen um dem Landsturm völkerrechtlichen Schutz zu sichern. Das Aufgebot des Landsturms auf einer solchen Grundlage kann dem Gegner nicht das Recht oder auch nur den Vorwand zu Maassregeln geben, welche den Grundsätzen des Völkerrechtes nicht entsprechen* » (ap. TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 291, nota 2). La legge federale svizzera sull'ordinamento delle milizie ebbe origine da una mozione che invitava il Consiglio federale a studiare e proporre in qual modo « *der nationalen Vertheidigung resp. dem Landsturm der Charakter und die Rechte von Kriegführenden gesichert werden sollen* », (ap. BLUMER-MOREL, *Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts*, 2ª ed., Basel 1887, vol. II, p. 2, pag. 409). L'art. primo della seconda convenzione conclusa dalla conferenza internazionale di La Aia del 1899 (*Convention concernant les lois et coûtumes de la guerre sur terre*) avendo fatto obbligo agli stati di ordinare ed istruire le loro truppe d'ogni categoria (confr. art. 1 dell'annesso regolamento) in modo corrispondente ai principî stabiliti, si può dubitare se le leggi di cui parliamo sieno ancora soltanto una *condizione* per

il trattamento dovuto ai legittimi combattenti secondo le regole del diritto internazionale. Le disposizioni del trattato di Berlino sottoposero il riconoscimento dell'indipendenza della Serbia, della Rumenia e del Montenegro alla condizione che questi stati introducessero nelle loro leggi la libertà di culto e l'eguaglianza delle confessioni religiose [1]. E si potrebbero

assicurare ai combattenti la protezione del diritto internazionale (di guisa che lo stato, il quale adopera o tollera truppe non organizzate nel modo voluto, non agisca già in modo contrario alle norme internazionali, ma soltanto non possa lamentarsi se il nemico le tratta come bande di predoni, come vuole TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 291), o sieno invece divenute il mezzo necessario per adempiere un vero e proprio dovere internazionale (di guisa che lo stato non possa valersi di combattenti che non rispondono alle condizioni volute, senza commettere una violazione del diritto internazionale ed incontrare la conseguente responsabilità): quanto a me propenderei addirittura per quest'ultima opinione.

[1] Trattato di Berlino 13 luglio 1878 (MARTENS-STOERK, *Nouveau Recueil Général*, serie 2ª, vol. III, pag. 449 e segg.) art. 34: « *Les hautes Parties contractantes reconnaissent l'indépendance de la Principauté de Serbie en la rattachant aux conditions exposées dans l'article suivant* ». Analogamente l'art. 43 per la Rumenia e l'art. 27 per il Montenegro. La natura giuridica di queste aggiunte al riconoscimento è però vivamente controversa fra gli scrittori. Alcuni, come DESPAGNET, *op. cit.*, pag. 91, ed ULLMANN, *op. cit.*, pag. 69, vi scorgono la condizione della garanzia e della tutela dell'indipendenza dei nuovi stati da parte delle potenze; opinione che potrebbe sostenersi solo quando fosse dimostrata, e non mi par facile, l'esistenza di quest'obbligo di garanzia e di tutela: altri, come il RIVIER, *Principes*, vol. I, pag. 60, il GAREIS, *Institutionen*, pag. 66, ed il v. LISZT, *op. cit.*, pag. 40, propendono ad escludere la natura condizionale del riconoscimento ed a ravvisare nelle disposizioni del trattato dei semplici *oneri* o *modi*, di cui le potenze potrebbero esigere dai nuovi stati l'adempimento, anche con la forza: infine altri, come il DE MARTENS, *Traité*, vol. I, pag. 361, il PIÉDELIÈVRE, *op. cit.*, vol. I, pag. 99 ed il TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 292, nota 1, vi ravvisano vere e proprie condizioni. Una revisione ed un apprezzamento critico delle teorie non è possibile, se non in base alla intera dottrina del ricono-

facilmente moltiplicare gli esempi; ma non vi è certamente bisogno d'insistere sulla distinzione fra queste norme giuridiche e quelle di diritto internazionale, che le presuppongono: basti osservare, che nel concetto stesso delle norme di diritto internazionale che rinviano a quelle leggi, e nel fatto del rinvio, sta chiaramente affermato che le materie in discorso sono di spettanza della legislazione interiore, e possono semplicemente costituire il punto di partenza, il presupposto di

---

scimento. Per chi, in armonia con la pratica internazionale, ritiene che il riconoscimento dipenda *in tutto* dalla volontà degli stati, non può sollevare ostacoli la possibilità di aggiungervi, sia delle condizioni, sia degli oneri; quanto poi alla loro natura giuridica, la questione non può risolversi in astratto, ma soltanto di fronte ai casi concreti, appunto perchè si tratta d'interpretazione della volontà. Nel caso ora aecennato non bisogna dimenticare che gli stati cui si accordava il riconoscimento mediante il trattato non erano parti contraenti; onde gli effetti giuridici delle condizioni di cui parlano gli art. 35, 44 e 27 possono riguardare soltanto gli stati che parteciparono al trattato, mentre di fronte alla Serbia, alla Rumenia ed al Montenegro un obbligo potè sorgere soltanto più tardi e da un altro fatto, in quanto, cioè, accettarono le stipulazioni del trattato e ne approfittarono. Direi dunque che dal trattato sorse un *obbligo condizionale* degli stati che lo conclusero, l'obbligo reciproco, cioè, di accordare il riconoscimento ed agire in modo corrispondente, ma soltanto *se* gli stati in discorso si fossero obbligati ad introdurre le riforme volute; questi poi, aderendo esplicitamente o tacitamente alla nuova condizione di cose creata dal trattato, assunsero *l'obbligo* di osservarne le disposizioni, così nella parte a loro favorevole, come in quella che ne restringeva l'interna autonomia. Con ciò deve ritenersi adempiuta la condizione apposta dal trattato al riconoscimento; il resto è semplicemente l'esecuzione di un obbligo assunto volontariamente dai nuovi stati, ma non creato, almeno in modo diretto, da un contratto, a cui non presero parte: il trattato contiene adunque una *condizione*, che ha per oggetto l'accettazione di un obbligo da parte di un terzo. Le obiezioni del v. HOLTZENDORFF, *Der Staat als völkerrechtliche Persönlichkeit*, nel vol. II del *Handbuch des Völkerrechts*, pag. 28, e del GEFFCKEN, *Das Recht der Intervention*, ibid., vol. IV, pag. 146, sono più di natura politica che giuridica.

rapporti fra gli stati. Ed è certamente un'espressione erronea, se non è un grave errore di concetto, quella di alcuni scrittori, i quali dicono che, in questi casi, le norme di diritto interno passano nel diritto internazionale e ne costituiscono una parte [1]. In realtà, le norme di diritto interno restano quello che sono e regolano, come ognun vede, rapporti ben diversi da quelli che, sulla loro base, nascono fra gli stati. Nè si può, quindi, dubitare che le sentenze, le quali giudichino, ad esempio, sulla nazionalità di una nave e sui diritti che ne derivano, sulla entità criminosa del fatto commesso da un individuo di cui si domanda l'estradizione, sulla esistenza delle condizioni e formalità stabilite dalle leggi per la protezione delle opere dell'ingegno, e via dicendo, sieno sentenze che risolvono controversie regolate dal diritto interno e sopra questo direttamente si fondano, sebbene possano trovarsi in rapporto coi diritti e i doveri internazionali dello stato verso altri stati ed impegnarne perfino la responsabilità [2]. Sareb-

---

[1] Così ad es. STOERK, *Das offene Meer* cit. *(Handb. d. Völkerr.*, vol. II), pag. 523-24: « *Da nun jeder Staat autonom von sich aus diese Bedingungen festsetzt, unter denen Handels-und sonstige Privatschiffe die nationale Flagge führen dürfen, treten diese von einander sehr abweichenden Festsetzungen der particulären Seerechte in die Sphäre des internationalen Rechts ein und bilden, obwohl an und für sich nur staatsrechtlichen Charakters, doch gleichzeitig einen integrirenden Theil des Völkerrechts, weil sie vielfach internationalen Verträgen mit zu Grunde gelegt werden* ».

[2] Confr. *Teoria generale della responsabilità dello stato*, pag. 164 e segg. A complemento dell'idea enunciata nel testo, e anticipando le conclusioni alle quali giungo nello studio speciale dell'argomento, aggiungo qui, che due opinioni opposte, variamente applicate nella pratica e nella dottrina, secondo una delle quali lo stato sarebbe internazionalmente responsabile di ogni sentenza ingiusta pronunziata a danno di uno stato o di un suddito estero (vedi le prove e le citazioni nella mia *Responsabilità dello stato*, pag. 136 e seg., confr. TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 350, specialm. nota 3), mentre secondo l'altra lo stato avrebbe adempiuto il suo dovere deferendo la controversia a giudici indipendenti e non potrebbe, di regola almeno, esser tenuto internazio-

bero, invece, controversie di diritto internazionale, relative a queste stesse materie, quelle che sorgessero fra gli stati per l'insufficienza delle loro leggi ad adempiere i doveri internazionali [1]; ad esempio, l'accusa rivolta da uno stato ad un altro di lasciar usurpare la propria bandiera da navi che non

---

nalmente responsabile per la loro pronunzia (v. LISZT, *op. cit.*, pag. 179, GAREIS, *Institutionen*, pag. 215, nota 4, e, relativamente ai giudizi dei giurati, CREASY, *First Platform of international Law*, London 1876, pag. 337), si dimostrano, a chi ben guardi, egualmente unilaterali ed infondate. Responsabilità internazionale dello stato non sorge, se non vi è un fatto contrario al diritto internazionale: ora, vi sono dei casi, in cui il dovere internazionale dello stato consiste appunto e soltanto nell'assicurare la retta amministrazione della giustizia; così, quando si tratta di controversie di qualunque genere interessanti i privati stranieri, che devono essere risolute in base ad una legislazione interna, la norma giuridica internazionale può dirsi osservata, allorchè lo stato ha assicurato la risoluzione di quelle controversie per opera di tribunali indipendenti: i caratteri della funzione giudiziaria nello stato moderno, e la fiducia che i paesi civili hanno, e non possono non avere, nell'amministrazione della giustizia, escludono sino il concetto di un dovere internazionale dello stato di sindacare e dirigere l'opera de' suoi tribunali: in questi casi, adunque, solo la *denegata giustizia* può costituire una violazione del diritto internazionale, e quindi impegnare la responsabilità dello stato. Ma quando la sentenza sia, per qualunque motivo, *contraria al diritto internazionale*, la responsabilità dello stato sorge indipendentemente dall'intrinseco valore della sentenza stessa come atto giuridico interno; sorge, perchè costituisce un fatto dello stato, o de' suoi organi, contrario al diritto internazionale, comunque possa essere pienamente conforme alla legislazione interna, che i giudici dovevano applicare: e questa è appunto l'ipotesi contemplata nel testo. Così l'Italia potè giustamente, e con successo, avanzare al governo germanico un reclamo per una sentenza pronunziata da un tribunale prussiano, che aveva condannato un suddito italiano violando il principio della *specialità dell'estradizione* (cit. in TRIEPEL, pag. 350, nota 3).

[1] Su questo principio, del quale dovrò occuparmi anche in seguito, vedi la mia *Responsabilità dello stato nel diritto internazionale*, pag. 160, e gli scrittori citati ivi nella nota 1.

ne hanno il diritto, di rifiutare l'estradizione per reati contemplati nel trattato, di non proteggere, contrariamente alle regole stabilite, una certa categoria d'opere d'ingegno, di non aver dato alle milizie l'organizzazione occorrente per distinguerle dalle bande d'insorti o di predoni; e via di seguito. In questi casi la controversia riguarda veramente il rapporto giuridico fra gli stati e si fonda sulle norme del diritto internazionale; ma ognuno vede quanto essa è sostanzialmente diversa dalle altre accennate avanti, e con quali diversi criteri e mezzi bisogna cercarne la soluzione.

Altre volte le norme giuridiche interne sono veramente la conseguenza di un dovere internazionale dello stato, sia che il dovere consista appunto nell'emanare quelle date norme, di guisa che il non emanarle costituisca già di per sè una violazione del dovere internazionale dello stato, o sia che il dovere non possa essere adempiuto senza le norme di cui parliamo, le quali rappresentino così, non tanto l'adempimento del dovere, quanto il mezzo necessario per adempierlo [1]. Qualunque sia, però, il modo onde il diritto internazionale impone allo stato di emanare norme giuridiche, rimane sempre indubitabilmente vero, che altro è il dovere di emanarle, altro il fatto della emanazione: quello deriva dal diritto internazionale e riguarda soltanto lo stato, questa invece è opera dello stato, è un atto della sua volontà, che si rivolge a tutti coloro, a cui può e vuole legittimamente imporre quel dato comando; per conseguenza, le norme così emanate hanno sempre il valore formale di diritto interno. Spesso l'oggetto di queste norme è tale, che non può dar luogo a dubbio o confusione di sorta: certo, ad esempio, a nessuno verrebbe in mente di considerare come appartenenti, in qualunque modo, al diritto internazionale le leggi con cui gli stati cercano d'impedire la diffusione della fillossera, sebbene queste leggi sieno direttamente ed esplicitamente imposte dall'articolo primo della convenzione 3 novem-

---

[1] Su questa distinzione e sulle conseguenze che ne derivano vedi TRIEPEL, *op. cit*, pag. 299 e segg.

bre 1881 [1]. Talora, però, la materia delle disposizioni legislative è tale da produrre facilmente confusioni ed errori, se non si abbiano, come troppo spesso accade, idee ben chiare e definite intorno alle fonti delle norme giuridiche internazionali ed ai subietti di questo diritto. E l'esempio tipico ci è fornito dalla teoria dei cosiddetti *delitti individuali contro il gius delle genti*. Ho esaminato altrove questa teoria nelle sue molteplici applicazioni [2]; e non voglio, nè mi sarebbe possibile, ripetere adesso le idee ivi esposte. Mi limito dunque a dire, che l'analisi accurata delle norme giuridiche, da cui deriva la proibizione dei fatti comunemente designati come azioni individuali proibite dal diritto internazionale, conferma la distinzione fondamentale, che in ciascuno di quei casi sempre si riscontra vera ed esatta, fra l'obbligo, o il diritto, dello stato di proibire e punire certi fatti incompatibili con l'esigenze della vita internazionale, e la proibizione in sè considerata: quello deriva dalle norme giuridiche internazionali, e può essere violato soltanto dallo stato col non proibire quei dati fatti o col non far valere debitamente le leggi che li proibiscono; questa deriva invece dalla volontà dello stato, ed è violata dagl'individui che commettono alcuni dei fatti vietati. Gli atti individuali contrari al diritto internazionale sono dunque, in realtà, atti contrari alle leggi interne, che li proibiscono per esigenze d'ordine internazionale; cosicchè, ed ecco la conclusione che si collega direttamente al nostro argomento, i tribunali che giudicano di quei fatti e puniscono chi li com-

---

(1) Martens-Stoerck, *Nouveau Recueil Général*, serie 2ª, vol. VIII, pag. 435. Art. 1: « *Les États contractants... s'engagent à compléter, s'ils ne l'ont déjà fait, leur législation intérieure, en vue d'assurer etc. Cette législation dévra spécialement viser*, etc. ». La legge 12 febbraio 1888 (*Gazzetta Ufficiale* 21 stesso mese) e il testo unico di leggi contro la fillossera 4 marzo 1888 (*Gazzetta Ufficiale* 15 stesso mese) sono pertanto in Italia leggi imposte, in parte, dal diritto internazionale.

(2) *L'azione individuale contraria al diritto internazionale*, citato.

mise applicano un diritto interno e non il diritto internazionale.

In altri casi le norme giuridiche interne sono invece *permesse* dal diritto internazionale ([1]), ossia sono l'esplicazione, l'esercizio di una potestà accordata allo stato dal diritto internazionale. Un diritto subiettivo internazionale richiede sempre una potestà accordata allo stato dalle norme giuridiche internazionali ([2]): se poi questa facoltà consiste nell'emana-

---

([1]) Nell'uso comune del linguaggio si da quasi sempre alla parola *permesso* il significato di *non proibito*, e si dicono perciò *atti permessi* tutti quelli che la legge non proibisce. E nel campo nostro quest'uso di parole e di concetti ha avuto una fortuna tutta particolare, poichè accade ad ogni momento di sentir qualificare come diritti internazionali dello stato varie facoltà, che sono semplicemente non proibite, o meglio non considerate, dalle norme giuridiche internazionali. E così, ad esempio, si parla di un diritto dello stato a darsi una costituzione, ad avere proprie leggi, a rafforzarsi e perfezionarsi, e via di seguito: non vi è quasi trattato sul diritto internazionale dove non s'incontrino ad ogni pagina queste o somiglianti espressioni; la famosa teoria dei *diritti fondamentali degli stati*, in massima parte, non è che un seguito di variazioni su questo tema: vedasi, per un esempio, tanto autorevole e tipico, quanto recente, il libro quarto dei *Principes du droit des gens* di A. Rivier (vol. I, pag. 255-407). In realtà, però, queste non sono che frasi improprie, erroneamente elevate alla dignità di concetti giuridici. Non vi è alcuna norma di diritto internazionale, e non se ne sente fortunatamente il bisogno, che accordi allo stato la facoltà di avere una costituzione, di far leggi, di svolgere ed aumentare le proprie risorse; e così via: bensì si può dire che nessuna norma di diritto internazionale proibisce allo stato queste e tante altre cose. Sono dunque semplicemente atti non proibiti; ma se il diritto subiettivo è una potestà accordata e difesa dalle norme giuridiche, è impossibile ravvisare in quelli atti il contenuto di diritti subiettivi dello stato.

([2]) Sui rapporti fra il diritto soggettivo e la norma, dal punto di vista generale ed in applicazione al diritto internazionale, confr. Windscheid, *op. cit.*, vol. I, § 37, Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar 1878, pag. 154 e segg., 191 e segg., Bierling, *Zur Kritik*

zione di norme giuridiche, o se l'esercizio di essa richiede questa emanazione, si ha il diritto interno permesso dal diritto internazionale, ossia il diritto interno che è l'esplicazione di un diritto soggettivo internazionale dello stato. Così, se questi ha acquistato il diritto di far giudicare le controversie che insorgono fra i suoi sudditi in un determinato paese straniero da funzionari propri, anzichè dalle autorità locali, egli dovrà provvedere con apposite norme giuridiche all'istituzione di questi funzionari, alla loro organizzazione e gerarchia, alla procedura da seguirsi nelle liti che si svolgono dinanzi a loro, e via dicendo [1]. In questo caso, come nei precedenti, è evi-

---

der juristichen Grundbegriffe, vol II, Gotha 1883, pag. 169 e segg., *Juristische Prinzipienlehre*, cit., vol. I, pag. 26 e segg., Jellinek, *System*, pag. 43 e segg., 296 e segg., Tezner, *art. cit.*, nel vol. XXI della *Zeitschrift* del Grünhut, pag. 107 e segg., 224 e segg., Gareis, *Institutionen*, pag. 86 e seg., Heilborn, *op. cit.*, pag. 306 e segg., Ullmann, *op. cit.*, pag. 78 e segg., Triepel, *op. cit.*, pag. 383.

[1] Rientrano pertanto in questa categoria le leggi consolari generali, o quelle speciali sulla giurisdizione consolare, vigenti in quasi tutti gli stati, gli *orders in council* degli anni 1864, 1865, 1881 in Inghilterra, ecc. (Vedi in proposito Martens, *Traité*, vol. II, pag. 132 e segg., Bulmerincq, *Consularrecht*, nel vol. III del *Handb. des Völkerrechts*, pag. 755 e segg., Ullmann, *op.*, *cit.*, pag. 123 e segg., Gemma, *Console-Consolato*, nel *Digesto italiano*, Torino 1896, ecc.). Lungi dall'essere dunque queste leggi, come spesso si ripete, una fonte che completa i principi stabiliti dalle capitolazioni e dagli usi, ne sono semplicemente la conseguenza. Questo concetto è espresso nel modo più chiaro dalla recente legge germanica sulla giurisdizione consolare del 7 aprile 1900 (*Reichsgesetz über die Konsulargerichtsbarkeit*, nel *Reichsgesetzblatt*, 1900, pag. 213): secondo il § 1 di questa legge la giurisdizione consolare viene esercitata nei paesi dove « *ihre Ausübung durch Herkommen oder durch Staatsvertrag gestattet ist* »; secondo il § 6 il console può esercitare la giurisdizione soltanto se ne ha ricevuto l'autorizzazione dal cancelliere dell'impero: il potere dello stato di esercitare la giurisdizione consolare deriva dal diritto internazionale in forza di consuetudini o trattati (§ 1 della legge), quello del console dal diritto interno (§ 6 della legge, in relazione

dente che le norme giuridiche emanate dallo stato toccano bensì il rapporto giuridico internazionale, e traggono da questo la loro origine ed il loro remoto valore, ma ne rimangono, in pari tempo, nettamente distinte. La relazione giuridica internazionale intercede fra i due stati e si concreta nel diritto dell'uno e nel corrispondente dovere dell'altro: nel diritto del primo ad istituire propri funzionari nel territorio del secondo ed a conferir loro una competenza, che spetterebbe alle autorità locali; nel dovere dell'altro di permettere questa istituzione e la conseguente diminuzione delle proprie prerogative sovrane. Fin qui la relazione di diritto internazionale: nè vi ha dubbio che ogni controversia fra i due stati circa l'esistenza, il contenuto ed i limiti dei rispettivi diritti e doveri sia regolata dal diritto internazionale e debbasi risolvere coi mezzi propri di questo diritto [1]. Ma le norme giuridiche emanate dallo

all'art. 56 alinea primo della costituzione dell'impero). Dato, adunque, che un trattato estenda ad un nuovo stato la giurisdizione consolare germanica, non ne segue che i consoli tedeschi possano senz'altro esercitarla; nemmeno la *pubblicazione del trattato* basta a conferir loro questa facoltà, come forse basterebbe a conferirla ai consoli italiani, dato il tenore dell'art. 65 della legge 28 gennaio 1866: la Germania avrebbe acquistato verso il nuovo stato il diritto di esercitarvi, a mezzo dei consoli, la giurisdizione sui propri cittadini; e questo è il rapporto di diritto internazionale; ma l'uso poi che essa voglia fare del suo diritto, ed i modi ed i limiti, sono esclusivamente materia del diritto interno germanico. Convengono in questa opinione, rispetto alle attribuzioni dei consoli in genere, LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, 4ª ed., Tübingen und Leipzig 1901, vol. III, pag. 12 e seg., v. KÖNIG, *Handbuch des deutschen Consularwesens*, 5ª ed., Berlin 1896, pag. 34, ZORN, *op. cit.*, vol. II, pag. 452 e seg., HÜBLER, *Die Magistraturen des völkerrechtlichen Verkehrs* (*Gesandschafts-und Konsularrecht*) *und die Exterritorialität*, Berlin 1900, pag. 8, TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 395 e seg.

[1] Valga come esempio la recente sentenza arbitrale 20 marzo-2 aprile 1901 fra la Turchia e la Grecia, pronunziata dagli ambasciatori delle grandi potenze a Costantinopoli, in esecuzione degli articoli III, V e IX dei preliminari di pace firmati fra le grandi potenze e l'impero ottomano il 6-18 settembre 1897. Vedi G. STREIT, *La sentence arbi-*

stato per esercitare quella facoltà ed assicurare ai privati i vantaggi che ne derivano, hanno evidentemente tutt'altro carattere. Di fronte a coloro che devono osservarle, esse sono semplicemente la manifestazione del volere dello stato, il quale, valendosi di una potestà conferitagli dal diritto internazionale, istituisce funzionari, ne ordina le attribuzioni, accorda ai privati certe facoltà o impone loro certi obblighi, e via dicendo; provvede, insomma, al regolamento giuridico di materie soggette al suo potere. Le controversie che possano sorgerne fra i privati, o fra questi e lo stato, non escono dunque dal campo delle ordinarie controversie regolate dal diritto interno (1).

---

trale sur la question consulaire entre la Grèce et la Turquie, nella *Rev. de dr. intern.*, serie 2ª, vol. IV, 1902, pag. 24-61, 178-198, 281-298, 527-532. S'intende che mi riferisco a quest'atto in quanto risolve un complesso di controversie fra la Turchia e la Grecia relative al regime delle capitolazioni, non in quanto rappresenta una forma nuova, e per più rispetti singolare, di emanazione di norme giuridiche internazionali: di questo secondo aspetto, estraneo allo scopo del presente lavoro e finora, per quanto so, non osservato da alcuno, mi propongo di occuparmi particolarmente in altra occasione.

(1) Rientrano, quindi, in questa categoria le numerose sentenze dei tribunali consolari e delle corti dei vari stati, anche quando risolvono questioni di competenza, sebbene apparentemente fondate sulle regole che governano, in questa materia, i rapporti fra gli stati cristiani ed i paesi di capitolazioni, perchè in realtà non fanno che interpretare ed applicare le regole, con cui lo stato, al quale appartengono, ha ordinato l'esercizio del potere conferitogli dal diritto internazionale. E lo stesso dicasi delle sentenze dei tribunali misti dell'Egitto, organi della sovranità egiziana, chiamati ad applicare norme giuridiche emanate da questo stato in seguito ad un accordo internazionale. Importa però, a scanso di equivoci, osservare subito due cose: 1) Il silenzio delle leggi interne applicabili da questi tribunali, o il rinvio che esse facciano ai principî del diritto internazionale, obbligano spesso i giudici a ricorrere a questo diritto, ma non per applicarlo come tale, sibbene *per desumerne l'esistenza o il tenore di una norma giuridica interna corrispondente al diritto o al dovere internazionale dello stato;* e di ciò sarà detto più diffusamente fra poco. — 2) I principî e le regole

I criteri su cui si fonda la distinzione fra il diritto internazionale ed il diritto interno voluto o permesso da questo,

---

del diritto internazionale sono talora applicate, anche in queste sentenze, ***per la risoluzione di questioni pregiudiziali o incidentali connesse con lo svolgimento del processo;*** e di ciò mi occupo nel capitolo seguente. Come esempi del caso indicato ***sub 1*** veggansi le seguenti sentenze, nelle quali il ricorso ai principî del diritto internazionale in materia di capitolazioni serve a determinare i limiti della giurisdizione dei consoli e dei tribunali consolari fra loro e rispetto all'autorità locale, ossia ad interpretare o stabilire le norme, secondo cui lo stato, dal quale emanano, ha conferito loro la potestà giurisdizionale: corte d'appello di Aix 28 novembre 1864 (***Dalloz*** 65, I, 112), cass. francese 16 gennaio 1867 (***ibid.*** 67, I, 308), cass. Torino 29 aprile 1871 (***Giurisprudenza italiana*** 1871, I, 267), corte suprema di Vienna 26 luglio 1876 (***Journ. du dr. intern. privé,*** vol. VIII, 1881, pag. 166 e seg.), cass. francese 1° dicembre 1887 (***Sirey*** 88, I, 388), corte d'appello di Poitiers 16 aprile 1891 (***Revue pratique de droit international privé,*** 1891, I, 320), tribunale consolare d'Italia a Smirne 21 gennaio 1895 (***Journ. du dr. intern. privé,*** vol. XXIII, 1896, pag. 667 e seg.), corte d'appello di Aix 4 marzo 1896 (***ibid.*** vol. XXIII, 1896, pag. 867 e seg.), tribunale consolare di Francia a Costantinopoli 31 ottobre 1896 (***ibid.*** vol. XXIV, 1897, pag. 610 e seg.), Areopago greco 1896 (***ibid.*** vol. XXV, 1898, pag. 960 e seg.), cass. francese 10 marzo 1897 (***ibid.*** vol. XXIV, 1897, pag. 790 e seg.), ecc. — Come esempi del caso ***sub 2*** si possono indicare: ***a***) Le sentenze che si occupano della natura e dell'estensione dei diritti internazionali spettanti allo stato in forza del regime delle capitolazioni, per desumerne l'applicabilità o non applicabilità di alcune norme giuridiche interne ai sudditi residenti nei paesi di capitolazioni; così, cass. francese 19 dicembre 1864 (***Sirey*** 65, I, 217), tribunale consolare belga al Cairo 25 novembre 1887 (***Journ. du dr. intern. pr.,*** vol. XVI, 1889, pag. 141 e seg.), trib. cons. di Francia a Costantinopoli 4 novembre 1892 (***ibid.*** vol. XXIII, 1896, pag. 671), trib. civile di Tunisi 14 aprile 1893 (***ibid.*** vol. XXV, 1898, pag. 768), app. Parigi 4 agosto 1896 (***ibid.*** vol. XXVI, 1899, pag. 148 e seg.), trib. civ. della Senna 24 maggio 1898 (***ibid.*** vol. XXVI, 1899, pag. 140 e seg.), cass. Roma 26 novembre 1888 (***Il Filangieri*** 1889, 213), 1 febbraio 1893 (***Monit. dei Tribunali,*** 1893, 419), 21 febbraio 1894 (***Legge*** 1894, I, 490), 24 novembre 1897 (***Giurispr. penale*** di Torino 1898, 66), 18 aprile 1900

ricevono, per necessità di cose, uguale applicazione in tutti i casi; ed è quindi inutile, per lo scopo nostro, esporre più

(*ibid.* 1900, 442). — *b*) Le sentenze che determinano l'esistenza, o meno, di un dovere internazionale dello stato di assicurare a certe persone (funzionari o privati) residenti nei paesi di capitolazioni una determinata condizione giuridica, onde risolvere delle questioni dipendenti da tale condizione; ad esempio, tribunale misto di prima istanza del Cairo 8 dicembre 1886 (*Journ. du dr. intern. privé*, vol. XIV, 1887, pag. 364), corte d'appello mista di Alessandria 28 maggio 1885 (*ibid.* vol. XIV, 1887, pag. 754), 4 aprile 1889 (*ibid.* vol. XVIII, 1891, pag. 286 e seg.), 23 dicembre 1891 (*ibid.* vol. XIX, 1892, pag. 509 e seg.), 23 marzo 1899 (*ibid.* vol. XXVII, 1900, pag. 821), ecc. — *c*) Le sentenze che determinano la condizione giuridica internazionale di uno stato sottoposto al regime delle capitolazioni, o di una parte di esso, per desumerne conseguenze circa l'applicabilità di certe norme o il valore di certi principî; ad esempio, tribunale misto d'Ismaila 5 marzo 1877 (*Journ. du dr. intern. pr.*, 1878, vol. V, pag. 168 seg., condizione giuridica internazionale del canale di Suez), corte d'appello mista di Alessandria 24 gennaio 1895 (*ibid.* vol. XXIII, 1896, pag. 209 e seg., capacità dell'Egitto di concludere trattati in materia di cittadinanza), corte suprema di giustizia d'Austria 5 maggio 1896 (*ibid.* vol. XXV, 1898, pag. 178 e seg., condizione giuridica internazionale del principato di Bulgaria). Si osservi però che la determinazione dell'esistenza o del contenuto di una norma giuridica interna, corrispondente ad un diritto o ad un dovere internazionale dello stato, il più delle volte non è possibile se non dopo la risoluzione di una questione pregiudiziale di diritto internazionale, quella, cioè, se lo stato sia internazionalmente tenuto od autorizzato ad avere quella data norma; onde i casi distinti sotto i numeri 1 e 2 si trovano spesso riuniti nella medesima sentenza, sebbene sia sempre possibile distinguerli logicamente. Così, ad esempio, le sentenze indicate al *n.° 2 sub b,* in quanto riguardano la condizione giuridica dei consoli stranieri nei paesi di capitolazioni, presuppongono risoluta la questione, se ai detti consoli spettino le immunità diplomatiche, ossia « *se lo stato, dove risiedono, sia internazionalmente tenuto ad accordare loro la condizione giuridica propria degli agenti diplomatici* » ; questione, che evidentemente rientra nel diritto internazionale e dev'essere risoluta coi principî di questo diritto. Risoluta questa questione, il giudice passa, quasi inavvertitamente, ad affermare

diffusamente le molteplici materie, in cui si presenta l'opportunità di farvi ricorso. Ciò che ho detto è senza dubbio sufficiente a dare una chiara idea di questa forma di rapporti fra le due cerchie giuridiche, ed a mostrare che se il giudice applica un diritto interno voluto o permesso del diritto internazionale, non applica per questo il diritto internazionale. Debbo, invece, fermarmi un po' più di proposito sopra un modo particolare, frequentemente usato, di emanazione delle norme giuridiche volute o permesse dal diritto internazionale, che essendo, per la sua stessa natura, più di ogni altro adatto ad ingenerare confusioni ed errori, mi permetterà, nello stesso tempo, di saggiare alla stregua più rigorosa la bontà delle idee esposte e di esaminare brevemente alcuni dei punti speciali più controversi relativi al mio tema.

Accade assai spesso che il legislatore, invece di emanare le norme giuridiche volute o permesse dal diritto internazionale, si riferisca puramente e semplicemente a ciò che dispone questo diritto, mostrando così di volerlo assumere come norma regolatrice di certi rapporti, i quali, secondo quanto abbiamo detto, rientrerebbero invece nel diritto interno. Così, per esempio, lo stato dichiara esplicitamente di riferirsi al diritto internazionale per regolare i suoi rapporti coi sudditi degli stati belligeranti e neutrali [1], o si astiene dall'emanare ogni dis-

---

l'esistenza di una norma giuridica interna, che pone il console nella condizione voluta dal diritto internazionale; infatti, i privilegi degli agenti diplomatici e consolari derivano sempre dalla volontà dello stato, benchè questo li accordi per soddisfare ad un dovere internazionale (JELLINEK, *System*, pag. 310, HEILBORN, *op. cit.*, pag. 182 e seg.). La determinazione dell'esistenza e del contenuto di questo dovere è la premessa su cui le sentenze fondano l'applicazione di norme interne volute dal diritto internazionale. E sotto tale forma l'applicazione pregiudiziale del diritto internazionale ricorre assai spesso in questa come in tante altre materie.

[1] Le dichiarazioni di neutralità, le istruzioni ai comandanti di truppe e di navi, i regolamenti di servizio in guerra, e via dicendo, ne offrono esempi frequenti.

posizione in proposito, rivelando tacitamente la volontà che i funzionari suoi applichino le norme di questo diritto [1]: oppure, lascia che la condizione giuridica degli agenti diplomatici stranieri sia determinata dal diritto internazionale, o anche dice esplicitamente che essi *godranno le immunità fondate nel diritto delle genti* [2], *le prerogative ed immunità d'uso secondo il diritto internazionale* [3]: oppure, stabilisce che le conseguenze di certi fatti si determineranno *secondo le regole internazionali della guerra* [4], o che si procederà *secondo gli usi di guerra* [5]: e via dicendo. Dato, in altre parole, un fatto interessante i rapporti internazionali, lo stato rinvia al diritto internazionale, sia per la determinazione delle norme che devono essergli applicate, sia per la determinazione di alcune conseguenze giuridiche, che esso ne vuol derivare. Parrebbe, dunque, che in questi casi la norma regolatrice dei fatti o dei rapporti di cui si parla fosse una norma di diritto internazionale, perchè da questo dev'essere desunta; e poichè trattasi di materie, che possono dar luogo a controversie, la cui soluzione indubbiamente spetta ad organi

---

(1) Sulla natura giuridica dei rapporti regolati dalle norme di cui parlo nel testo ho insistito a lungo nello studio sull'*azione individuale contraria al diritto internazionale,* cui mi riferisco senz'altro per la più completa dimostrazione del principio che serve di presupposto all'attuale indagine, cioè l'appartenenza di questi rapporti al diritto interno.

(2) Cod. civ. gen. austriaco § 38.

(3) Legge d'introduzione della *norma di giurisdizione* austriaca 1 agosto 1895 art. IX. Può essere qui opportunamente ricordato l'articolo 11 della legge 13 maggio 1871 sulle guarentigie del Sommo Pontefice, che, a parte la questione, inutile per il nostro argomento, del carattere degli inviati presso il papa dai governi esteri e da quello presso questi, resta sempre un esempio notevolissimo di rinvio apparente alle regole del diritto internazionale. Altri esempi di leggi, che si riportano in questa materia al diritto internazionale, in Fiore, *Agenti diplomatici,* nel *Digesto italiano,* vol. II, parte 1ª, n. 162 seg.

(4) *Codice penale ungherese* § 145.

(5) *Codice penale germanico* § 91.

giudiziari interni, così parrebbe logico inferirne che i detti organi sono allora chiamati ad applicare il diritto internazionale direttamente alla risoluzione di questioni sottoposte al loro giudizio.

E tale è senza dubbio l'opinione comunemente accettata ([1]), la quale, in tutti i casi ora citati, ed in altri pur numerosi che sarebbe facile aggiungere, scorge altrettanti esempi di applicazione giudiziaria del diritto internazionale. Il più delle volte gli scrittori non si curano nè punto nè poco di spiegare come mai sia possibile che il giudice applichi, in queste ed in altre materie, le norme di un diritto, che, almeno secondo l'opinione oggi di gran lunga prevalente, regola soltanto i rapporti fra gli stati; e meno ancora si domandano qual'è la ragione giuridica per cui certe parti del diritto internazionale sarebbero suscettive d'applicazione diretta da parte dei tribunali interni e certe altre no: in generale si limitano a riconoscere il fatto, rinunziando a spiegarlo, o forse sentendo che mancano nelle premesse filosofiche e giuridiche della dottrina corrente i criteri per tentarne una spiegazione che veramente soddisfi.

Una spiegazione soddisfacente non è, ad esempio, certamente quella che, interpretando, io credo, e formulando un pensiero che giace inconscio nel fondo di molte opinioni relative a questo tema, ne da uno scrittore, il quale pure, fra i contemporanei, è dei più accurati e rigorosi, il Despagnet. Secondo il Despagnet, la ragione per la quale alcune materie del diritto internazionale pubblico sarebbero sottoposte all'apprezzamento dei tribunali, al pari di quelle del diritto internazionale privato, ed altre no, starebbe unicamente nella natura degli interessi che si trovano in gioco: allorchè si tratta di questioni di diritto internazionale pubblico dove sono in causa interessi privati, o dove la parte dell'interesse collettivo è minima, i tribunali, egli dice, sono assai spesso competenti; così per le prede belliche, per le immunità diplomatiche, per la validità degli atti giuridici fatti dall'autorità nemica durante

---

([1]) Si vedano gli scrittori citati nella nota 1 a pag. 2 e segg.

un' invasione, ecc.: soltanto la gravità delle questioni e la responsabilità che ne deriva al governo è causa che questo voglia riserbare esclusivamente a sè la cura di apprezzare le difficoltà più notevoli, riguardanti gl' interessi collettivi degli stati ([1]). Ma la teoria è in contraddizione coi fatti, perchè, come vedremo nel capitolo seguente, sentenze che applicano principî di diritto internazionale se ne trovano in tutte le materie di questo diritto, anche in quelle che più si allontanano dal criterio di distinzione adottato dal Despagnet. Inoltre, essa non da affatto la ragione di ciò che vuole spiegare, perchè, nè dimostra che nelle materie indicate trattisi veramente d' interessi privati e diversi da quelli che sono in gioco nelle altre parti del diritto internazionale, nè, tanto meno, spiega in qual modo, giuridicamente parlando, norme che riguardano soltanto i rapporti degli stati fra loro (e così concepisce e definisce il diritto internazionale il Despagnet ([2])) possano essere applicate dai tribunali interni di questi stati. Credo però, che se l' opinione comune, della quale il Despagnet è soltanto un interprete più autorevole ed accurato, dovesse addurre un fondamento di ragione e presentarsi sotto la veste di una dimostrazione scientifica, non potrebbe farlo meglio che per via dell' argomentazione accennata sopra, cioè sostenendo che i tribunali risolvono questioni regolate dal diritto internazionale perchè lo stato medesimo assume quel diritto come norma regolatrice di certi fatti e di certi rapporti, la cui conoscenza, per consenso unanime, è deferita agli organi giudiziari interni.

Ma l' illazione è tanto poco giustificata, quanto è appa-

([1]) DESPAGNET, *op. cit.*, pag. 264. Prescindo affatto dal ricercare il valore del raffronto che il DESPAGNET istituisce, a questo proposito, fra il diritto internazionale pubblico ed il privato: qual sia la posizione speciale di quest' ultimo, in ordine al problema che qui si discute, avrò occasione di esporre largamente fra poco.

([2]) *Op. cit.*, pag. 75: « *Le droit international n' ayant pour objet que de régler les rapports internationaux, les seuls sujets de ce droit sont les états entre lesquels des rapports de cette nature peuvent uniquement se former* ».

rentemente facile, perchè, in realtà, non si tratta affatto di un rinvio dal diritto interno al diritto internazionale, ma soltanto di un modo speciale abbreviato con cui il legislatore emana le norme giuridiche interne volute o permesse dal diritto internazionale. La cosa può sembrare a primo aspetto un po' strana, ma, guardata attentamente, si rivela anzi chiarissima e tutt'altro che difficile a spiegare. Poichè, infatti, il diritto internazionale regola un ordine di rapporti diverso da quello regolato dal diritto interno, è impossibile che la norma giuridica internazionale valga anche come norma regolatrice di rapporti soggetti all'autorità dello stato: o si tratta di rapporti regolati dal diritto internazionale, e questi sfuggono all'autorità dello stato e non possono, per conseguenza, esser giudicati dai tribunali suoi; o si tratta veramente di materie soggette all'autorità dello stato, ed è impossibile che venga applicata al loro regolamento una norma, che riguarda i rapporti fra gli stati. Ma giacchè le norme da emanare per il regolamento di certi rapporti dipendenti dall'autorità dello stato sono la conseguenza di un diritto o di un dovere dello stato medesimo, rigorosamente determinato nel suo contenuto dalle norme giuridiche internazionali, così accade che il legislatore trovi opportuno di riferirsi senz'altro, in modo espresso o tacito, al diritto internazionale, non già per assumerlo, cosa impossibile, a norma regolatrice di un ordine di rapporti affatto diverso, ma bensì intendendo con questo di emanare precisamente quelle norme, e quelle soltanto, che può o deve emanare, per agire nei limiti e nei modi stabiliti dal diritto internazionale. Questo dice allo stato: tu puoi, o devi, emanare i seguenti precetti. Lo stato, col riferirsi al diritto internazionale, intende dire: io emano appunto quei precisi precetti, che il diritto internazionale mi consente o m'impone di emanare.

Così, se lo stato dichiara di riferirsi al diritto internazionale per regolare i suoi rapporti coi sudditi degli stati belligeranti o neutrali, in realtà emana in loro confronto quei comandi e quei divieti, che il diritto internazionale gli permette di emanare: se si riporta al diritto internazionale per la determinazione delle immunità spettanti agli agenti diplo-

matici stranieri, in realtà emana le norme necessarie per mettere queste persone nella condizione giuridica voluta dal diritto internazionale: se stabilisce delle pene contro coloro che infrangono gli usi della guerra, in realtà emana le norme che dichiarano punibili certi fatti, che il diritto internazionale ordina allo stato di non tollerare; e così di seguito. È impossibile che in questi casi le regole del diritto internazionale valgano anche come regole di diritto interno, perchè il loro contenuto è sostanzialmente diverso. Il fatto contemplato può essere lo stesso, ma le norme internazionali vi collegano conseguenze giuridiche di un certo genere, e le norme interne d'un altro. Il commercio fra belligeranti e neutrali è un dato di fatto da cui il diritto internazionale desume una serie di diritti e doveri degli stati fra loro, mentre il diritto interno ne desume una serie di comandi, con cui lo stato ingiunge ai privati di astenersi da certe forme di commercio e commina le conseguenze che deriveranno dalla trasgressione dei suoi precetti. La missione diplomatica è un dato di fatto da cui il diritto internazionale desume la pretesa dello stato che invia l'agente diplomatico a ciò che gli sia fatta una posizione privilegiata nello stato che lo riceve, e il dovere di questo stato di assicurargliela; mentre pel diritto interno è occasione ad ordini che lo stato impartisce ai funzionari ed ai privati, perchè si astengano dal compiere certi atti in confronto dell'agente diplomatico o tengano verso di lui un determinato contegno (1).

(1) Di qui deriva che le numerose sentenze relative alla condizione giuridica degli agenti diplomatici e dei consoli, in quanto determinano i diritti e le immunità che spettano a queste persone e gli effetti che ne derivano, non applicano il diritto internazionale, ma un diritto interno emanato, esplicitamente o tacitamente, dallo stato, per adempiere il dovere internazionale che gl'incombe di porre gli agenti diplomatici e i consoli in una particolare posizione privilegiata rispetto ai privati ed ai funzionari. Anche qui, però, è ovvio osservare che in molti casi, e specialmente in paesi come il nostro, dove le norme giuridiche interne, che assicurano agli inviati diplomatici certe immunità e prerogative, non sono stabilite dalla volontà legislativa

La guerra è un dato di fatto da cui il diritto internazionale desume una serie di limitazioni alla libertà degli stati belli-

---

esplicitamente, ma tacitamente poste per via di un riferimento generico al diritto internazionale, il giudice si trova obbligato a determinare prima il diritto o il dovere internazionale dello stato nel suo contenuto e ne' suoi effetti, per desumerne quindi la norma interna, che accorda all'agente diplomatico un dato diritto o prerogativa; ossia si verifica quel caso di applicazione pregiudiziale delle norme internazionali, che ha per scopo di stabilire l'esistenza od il contenuto di norme interne corrispondenti, come accennai nella nota 1 a pag. 71 e segg. Se il giudice italiano è chiamato a giudicare dell'ammissibilità di un'azione intentata contro l'addetto di una legazione estera, deve anzitutto determinare se, giusta il diritto internazionale, lo stato è tenuto ad accordare l'immunità di giurisdizione, oltre che al rappresentante del governo straniero, al personale della legazione; risoluta affermativamente questa questione, *in base alle norme giuridiche internazionali,* ne desumerà l'esistenza di *una norma interna che accorda all'individuo di cui si parla la detta immunità.* La norma che risolve la controversia è dunque una norma di diritto interno italiano, la cui applicazione, però, presuppone risoluta una questione pregiudiziale, dipendente dalle norme giuridiche internazionali. Che i giudici non distinguano quasi mai la questione pregiudiziale di diritto internazionale da quella di diritto interno, nulla prova contro la necessità logica e reale di distinguerle: il dovere dello stato non può derivare che dalle norme giuridiche internazionali e va determinato in base a queste, mentre il diritto individuale dell'inviato diplomatico è una concessione dello stato, ed ha perciò il suo fondamento in una norma di diritto interno. In pratica, però, i due problemi, là dove mancano speciali disposizioni di legge e la norma interna va desunta dal diritto internazionale, si presentano così collegati fra loro e dipendenti, che non è difficile comprendere perchè la distinzione non sia stata mai avvertita e messa in chiaro. Come esempi più notevoli di sentenze che applicano il diritto internazionale per determinare a chi lo stato abbia voluto concedere le immunità in discorso, e con quali limiti ed effetti, si vedano le seguenti: *Taylor* v. *Best,* (14, Com. Bench, 487, ap. Cobbett, *op. cit.*, pag. 72), trib. civ. della Senna 21 gennaio 1875 e corte d'appello di Parigi 30 gennaio 1876 (*Journ. du dr. intern. pr.*, vol. III, 1876, pag. 272), trib. civ. della Senna 31 luglio 1878

geranti, mentre pel diritto interno è occasione ad impartire ordini ai combattenti perchè si astengano da certi fatti o ne

(*ibid.* vol. V, 1878, pag. 500), 29 settembre 1880 (*ibid.* vol. VIII, 1881, pag. 514), corte d'appello di Lione 11 dicembre 1883 (*ibid.* vol. XI, 1884, pag. 56 e seg.), trib. civ. della Senna 8 marzo 1886 (*ibid.* vol. XIII, 1884, pag. 592), alta corte di giustizia inglese 12-14 dicembre 1885 (*ibid.* vol. XIV, 1887, pag. 203), trib. civ. di Ginevra 18 febbraio 1888 (*ibid.* vol. XVII, 1890, pag. 167 e seg.), trib. civ. della Senna 10 gennaio 1889 (*Rev. prat. de dr. intern. pr.*, 1889, v. *Agent diplomatique*), alta corte di giustizia inglese 24 febbraio 1890 (*Journ.* vol. XVII, 1890, pag. 341 e seg.), cass. francese 10 gennaio 1891 (*ibid.* vol. XVIII, 1891, pag. 137 e seg.), alta corte di giustizia inglese 8 aprile 1891, (*ibid.* vol. XVIII, 1891, pag. 581 e seg.), stessa corte 1 giugno 1891 (*ibid.* vol. XVIII, 1891, pag. 1255), corte d'appello di Bruxelles 4 febbraio 1893 (*ibid.* vol. XX, 1893, pag. 942), trib. civ. di Nizza 21 gennaio 1896 (*ibid.* vol. XXIV, 1897, pag. 131 e seg.), trib. civ. della Senna 10 dicembre 1897 (*ibid.* vol. XXV, 1898, pag. 337), cass. belga 24 maggio 1897 (*ibid.* vol. XXIV, 1897, pag. 839 e seg.) e 23 maggio 1898 (*ibid.* vol. XXVI, 1899, pag. 618 e seg.), trib. civ. della Senna 16 gennaio 1900, (*ibid.* vol. XXVII, 1900, pag. 327 e seg.), app. Parigi 8 agosto 1900 (*ibid.* vol. XXVII, 1900, pag. 953). Altre volte poi si verifica che, indipendentemente dalla determinazione della norma interna corrispondente al dovere internazionale dello stato, la applicazione di questa o di altre regole del diritto interno richieda la preventiva risoluzione di questioni dipendenti dal diritto internazionale; ad esempio: — *a*) se un principe spodestato o prigioniero possa nominare agenti diplomatici; vedi il caso Lesley, ap. Cobbett, *op. cit.*, pag. 65; — *b*) quando e come incominci o finisca la missione diplomatica; cass. francese 24 maggio 1879 (*Sirey* 80, I, 137), trib. civ. della Senna 25 maggio 1882 (*Journ.* vol. X, 1883, pag. 42 e seg.) e 11 febbraio 1892 (*ibid.* vol. XIX, 1892, pag. 429), app. Amiens 29 marzo 1892, (*ibid.* vol. XIX, 1892, pag. 1137), alta corte di giustizia inglese novembre 1893 (*ibid.* vol. XXI, 1894, pag. 362 e seg.); — *c*) quali effetti produca la guerra sopra la missione diplomatica; corte suprema di giustizia di Austria 10 febbraio 1869 (*Journ.* vol. III, 1876, pag. 44 e seg.); — *d*) quali persone abbiano il carattere di agenti diplomatici; *Viveash* v. *Becker*, (*3 Maule and Selwyn* 284, ap. Cobbett, *op. cit.*, pag. 74), trib. corr. di Parigi 12 aprile 1883 (*Journ.* vol. X, 1883, pag. 501 e seg.), appello Bordeaux 21 novembre 1883 (*ibid.* vol. X, 1883, pag. 619), cass. francese

compiano altri. Perciò nei casi di questo genere, e sono assai frequenti e numerosi, il rinvio al diritto internazionale non indica affatto che il giudice applichi questo diritto.

---

9 febbraio 1884 (*Journ.* vol. XI, 1884, pag. 61 e seg.), trib. comm. della Senna 2 maggio 1883 e corte d'appello di Parigi 8 gennaio 1886 (*ibid.* vol. XIII, 1886, pag. 76 e seg.), trib. di Arnheim 9 dicembre 1897 (*ibid.* vol. XXVII, 1900, pag. 838 e seg.), cassazione belga 24 giugno 1897 (*ibid.* vol. XXIV, 1897, pag. 837); — *e*) qual sia il significato delle immunità che lo stato deve accordare agli agenti diplomatici, specialmente della estraterritorialità del palazzo della legazione, rispetto all'impero delle leggi e delle autorità locali; cass. francese 13 ottobre 1865 (*Dalloz* 65, I, 233), trib. civile della Senna 2 luglio 1872 e 21 giugno 1873 (*Journ.* vol. I, 1874, pag. 71 e seg.), corte suprema di giustizia d'Austria 17 agosto 1880 (*ibid.* vol. VIII, 1881, pag. 171 e seg.), trib. dell'impero germanico 26 novembre 1880 (*ibid.* vol. IX, 1882, pag. 326 e seg.), trib. civ. di Boulogne-sur-mer 8 aprile 1886 (*ibid.* vol. XIV, 1887, pag. 57 e seg.), trib. civ. della Senna 6 giugno 1893 (*ibid.* vol. XX, 1893, pag. 880). Sono, come ognuno vede, questioni che indubbiamente dipendono dal diritto internazionale e vanno risolute con l'applicazione di questo; ma sono ben diverse dalle controversie relative ai privilegi od alle immunità che fa valere un dato individuo in forza della sua missione diplomatica: per la loro stessa natura, non possono presentarsi ai tribunali interni che sotto forma di questioni pregiudiziali o incidentali ad altre di diverso genere. S'intende poi che spesso la medesima sentenza deve risolvere più questioni di questo genere collegate fra loro e convergenti a permettere la risoluzione di una controversia di diritto interno; ad esempio, determinare se lo stato sia internazionalmente tenuto ad accordare una posizione privilegiata al personale di servizio dell'inviato diplomatico, e se un fatto commesso nella carrozza dell'inviato diplomatico sia, per questo motivo, sottratto alla giurisdizione locale (trib. degli scabini di Berlino 18 dicembre 1888, *Journ.* vol. XVI, 1889, pag. 83): le distinzioni che ho fatto hanno dunque un valore relativo, e mirano soltanto a porre in chiaro il caso che mi è parso via via più saliente di applicazione pregiudiziale o incidentale del diritto internazionale in rapporto all'applicazione di norme giuridiche interne riguardanti questa materia.

Una sentenza assai importante per il modo d'intendere i privilegi diplomatici qui sostenuto è quella della corte d'appello inglese 1 giugno 1891 (*Journ.* vol. XVIII, 1891, pag. 1255). In questa deci-

È qui opportuno osservare, giacchè si tratta di argomento che ha dato e dà continue occasioni a falsi o inesatti apprezzamenti intorno all' applicabilità del diritto internazionale da parte delle magistrature interne, che i tribunali delle prede belliche, sebbene si trovino in così stretti rapporti con l'ordine giuridico internazionale, e presentino di fronte a questo tanta importanza [1], tuttavia, appunto perchè sono magistrature interne, risolvono controversie, che, se ben guardiamo, non si possono dire regolate *direttamente* dal diritto internazionale [2].

---

sione la corte ritenne che l'immunità di giurisdizione non abbia luogo rispetto a chi ha cercato ed ottenuto la nomina fraudolentemente, per sottrarsi a' suoi creditori. La teoria è senza dubbio sostenibile, se si parte dal concetto che i privilegi degli agenti diplomatici sono una concessione dello stato, ma sarebbe inintelligibile se derivassero loro direttamente dal diritto internazionale, ed anche se fossero un diritto riflesso, spettante allo stato che li nomina. I dubbi da me accennati altrove a questo riguardo (*Responsabilità dello stato*, pag. 147 nota 1) mi paiono, dopo più maturo esame, inattendibili.

(1) Della letteratura, che su questo argomento è ricchissima, mi limito a citare il lavoro del Bulmerincq, *Le droit des prises*, nella *Rev. de dr. intern*, vol. X, 1878, pag. 185-268, 384-444, vol. XI, 1879, pag. 152-215, 320-358, 561-650, vol. XII, 1880, pag. 187-205, vol. XIII, 1881, pag. 447-515, vol. XIV, 1882, pag. 114-190, il cui vasto materiale, specialmente nella parte relativa al diritto applicato nei vari paesi dai tribunali delle prede, può servire opportunamente di riprova e di conferma alla teoria da me sostenuta. Anche le osservazioni critiche del Bulmerincq interessano spesso il punto di vista sotto cui mi occupo qui incidentalmente di questo argomento, sebbene si allontanino assai dalle idee espresse nel testo e dalle conclusioni a cui queste mi condurrebbero nei punti specialmente trattati dallo scrittore in discorso.

(2) Proprio in contrapposizione al concetto espresso nel testo, che dal carattere dei tribunali delle prede desume un argomento per sostenere che le controversie sottoposte al loro giudizio non possono essere regolate direttamente dal diritto internazionale, prevale, ed è assai diffusa, un'opinione, che considera questi tribunali come veri e propri organi, per quanto imperfetti, di giustizia internazionale, precisamente perchè sono chiamati a giudicare secondo le regole del

Questo diritto, infatti, non riguarda, nè può riguardare, i rapporti fra lo stato belligerante, da un lato, ed i sudditi degli

---

diritto internazionale. Una dottrina, ormai pressochè abbandonata e manifestamente insostenibile, riteneva anzi che i tribunali delle prede dovessero applicare il diritto internazionale a preferenza delle leggi dello stato; ma, anche prescindendo da questo concetto, sul quale tornerò nel parlare della obbligatorietà del diritto interno contrario al diritto internazionale, rimane tuttavia ed è accolta dai più l'idea che le norme del diritto internazionale sieno sempre il fondamento ultimo delle decisioni, e integrino in ogni caso le lacune della legislazione nazionale. È celebre il detto di lord STOWELL: « *This is a court of law of Nations though sitting here under the authority of the king of Great Britain. It belongs to other Nations than our own; and what foreigners have a right to demand from it, is the administration of the law of Nations simply, and exclusively of principles borrowed from our municipal jurisprudence* » (ap. PHILLIMORE, *op. cit.*, vol. III, pag. 132 dell'ediz. 2ª). La giurisprudenza inglese, dove questo concetto si è affermato più energicamente, ritiene che il diritto internazionale trovi la sua espressione negli atti del parlamento, o sieno fatti al principio di una guerra e per la durata di essa, o abbiano carattere permanente; ammette inoltre che le corti di ammiragliato e di appello essendosi nelle sentenze anteriori uniformate ai principi del diritto internazionale, le loro sentenze abbiano acquistato la forza e l'autorità di questo diritto: confr. HOLLAND, *International law and acts of Parliament*, in *Law Quarterly Review*, vol. IX, 1893, pag. 136 e segg. Questa teoria, secondo cui la legge e la consuetudine non creano, ma semplicemente *rivelano*, *dichiarano* un diritto preesistente, è senza dubbio una derivazione diretta, così in ordine logico come in ordine storico, della dottrina del diritto naturale (confr. TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 142), con la quale si collega altresì nel ritenere che i privati individui compariscano dinanzi alle corti di preda come soggetti di diritti internazionali (vedi il cap. primo, specialm. a pag. 22 e segg.). Ciò avrebbe dovuto bastare a far mettere in guardia contro l'errore che vi si cela; ma invece il concetto che i tribunali delle prede giudichino applicando il diritto internazionale, indotto senza dubbio da un esame superficiale dei fatti e dalla mancanza d'idee chiare e precise sui limiti ed il contenuto respettivo del diritto internazionale ed interno, ha conservato la sua influenza, tanto da ritrovarlo in scrittori

altri stati, belligeranti o neutrali, dall'altro. Il diritto internazionale si occupa soltanto dei rapporti degli stati bellige-

---

recenti o contemporanei, cui non si può certo rimproverare una concezione naturalistica del diritto. Valgano per tutti i seguenti passi. GEFFKEN, *Die Neutralität*, nel vol. IV del *Handb. d. Völkerrechts*, pag. 783: « *Materiell urtheilt das (Prisen) Gericht nach den Regeln des Völkerrechtes, vie es dieselben als bestehend anerkennt...* », notando che la parola *materiell* si contrappone qui alle norme processuali e non al valore *formale* del diritto internazionale. DESPAGNET, *op. cit.*, pag. 686: « *Bien que particulier à chaque pays par leur constitution même, ils rendent des décisions d'une portée internationale, opposables à l'ennemi et aux neutres, ce qui montre bien qu'ils doivent tenir compte des principes généraux du droit international et non pas seulement des dispositions de la loi de leur pays ni de l'intérêt exclusif de ce dernier. En fait, ils s'inspirent surtout des règles spéciales édictées par leur gouvernement au début des hostilités; mais ces règlements, qui n'ont pas le caractère de lois, ne lient que relativement les juges de prises qui doivent, avant tout, tenir compte des principes du droit internationál* ». RIVIER, *Principes*, vol. II, pag. 353: « *Le tribunal ou conseil des prises.... c'est une autorité nationale qui est appellée à décider des questions internationales, selon les principes du droit des gens, tel qu'il est compris et appliqué dans l'État...* ». ULLMANN, *op. cit.*, pag. 363: « *In rechtlicher Beziehung fällt einerseits die Unvollständigkeit der anzuwendenden völkerrechtlichen Normen, anderseits der vielfach vorhandene Zwiespalt zwischen den für das Gericht in erster Reihe massgebenden partikulären Normen und dem Völkerrecht in's Gewicht. Unter allen Umständen ist im Auge zu behalten, dass der Zweck der prisengerichtlichen Justiz auch den jetzigen nationalen Prisengerichten die gewissenhafte Anwendung allgemein anerkannter Völkerrechtssätze auferlegt* »; e a pag. 16 ravvisa in questi tribunali una forma rudimentaria di giustizia internazionale. Tutti poi in generale gli scrittori, anche quelli che riconoscono che i tribunali delle prede devono giudicare anzitutto secondo le leggi dello stato, parlano della necessità in cui si trovano di tener conto dei principî del diritto internazionale, senza determinare in qual rapporto si trovano in questa materia la legge interna ed il diritto internazionale, nè in qual modo i tribunali sono chiamati a tenere conto anche di quest'ultimo. Le

ranti fra loro e coi neutrali: la potestà accordata al belligerante di compiere atti di giurisdizione su persone o cose spettanti ad altri stati, ed in casi e modi nei quali, fuori della condizione di guerra, tali atti sarebbero giuridicamente inammissibili ed impegnerebbero la responsabilità internazionale dello stato, è una potestà che sussiste in confronto agli altri stati e non ai loro sudditi, un diritto che trova il suo corrispettivo in un dovere di quelli e non di questi. In forza del diritto che gli spetta, il belligerante ordina poi ai sudditi dello stato con cui è in guerra e degli stati neutrali di astenersi da certi fatti, e commina le conseguenze che deriveranno dalla trasgressione de' suoi divieti. Di fronte ai privati, dunque, il divieto e le conseguenze d'averlo trasgredito non derivano dal diritto internazionale, che si limita invece a conferire allo stato il potere di emanarlo, ma sibbene dalla volontà dello stato, che esercita questo potere. Ciò equivale a dire, che nei rapporti fra il belligerante ed i privati, a cui danno vengono operate le prede, hanno vigore le disposizioni emanate dal belligerante stesso: queste disposizioni, non il diritto internazionale, costituiscono la norma, in base a cui i tribunali delle prede belliche pronunziano le loro sentenze [1].

---

idee generali espresse nel testo, coi complementi e gli schiarimenti che vengo aggiungendo nelle note, basteranno, spero, a mostrare che anche la funzione di questi tribunali non si allontana punto, nell'applicazione del diritto internazionale, dalle regole generali da me sostenute: soltanto, la materia di cui si occupano li chiama più spesso a ricorrere al diritto internazionale, sia per determinare o interpretare le norme giuridiche interne, sia per risolvere questioni pregiudiziali o incidentali connesse con l'applicabilità delle regole relative ai rapporti fra lo stato che li istituisce ed i sudditi degli stati belligeranti o neutrali, che sono appunto e soltanto regole di diritto interno.

[1] Le opinioni degli scrittori, piuttosto che contrarie a questa conclusione, sono contradittorie ed incerte, e spesso non lasciano vedere chiaramente qual parte intendano di assegnare all'applicazione del diritto internazionale e delle leggi emanate dai singoli stati. Mi limito a citare, come un esempio caratteristico, il CALVO, *op. cit.*, vol. V,

Le norme giuridiche internazionali relative a questa materia riguardano, come sempre, la condotta dello stato in confronto agli altri stati: gl'individui sono semplicemente l'oggetto delle norme internazionali, che obbligano lo stato a tenere verso di loro un determinato contegno, o l'autorizzano a rivolgere a loro determinati comandi o divieti ([1]). Lo stato, in

§ 3060: « *Les tribunaux des prises maritimes doivent être guidés dans leurs décisions par les règles et les principes généraux du droit international; il faut par conséquent* (?!) *qu' ils consultent de préférence les lois spéciales et les stipulations conventionnelles en vigueur entre l' État du capteur et celui de la prise* »; indi continua dicendo che l' osservanza delle prescrizioni emanate dal belligerante *non è obbligatoria* per i giudici, se non in quanto esse sono in armonia coi principî generali del diritto internazionale. Ora qui è manifestamente impossibile intendere qual sia la posizione dei tribunali in discorso di fronte al diritto internazionale ed alle disposizioni emanate dallo stato, perchè ora sembra che la preferenza debba darsi all' uno, ora alle altre, ora anche pare che queste seconde sieno per il giudice l' espressione del diritto internazionale. La distinzione dei due ordini di rapporti che espongo nel testo corregge, io spero, in modo abbastanza chiaro quanto vi è d' incerto e di nebuloso nell'opinione dominante. Qui debbo soltanto aggiungere che un concetto giusto, espresso inesattamente dal maggior numero degli scrittori, e spesso anche addirittura assorbito in altre considerazioni erronee, ma che non va confuso con queste, è il concetto, che i tribunali delle prede debbano ispirarsi al diritto internazionale *per interpretare* le leggi dello stato. Essendo ragionevole presumere che lo stato agisca in modo conforme a' suoi doveri internazionali, è anche pienamente giustificato il ricorrere al diritto internazionale per desumerne criteri, che valgano, in caso di dubbio, ad aiutare la retta intelligenza delle disposizioni emanate. Ma si tratta semplicemente d' *interpretazione della legge interna*, non di *applicazione del diritto internazionale;* e appunto perciò la regola non ha più valore quando la legge interna sia *manifestamente* contraria al diritto internazionale. Questa funzione del diritto internazionale nell' interpretazione delle disposizioni di cui parliamo è benissimo indicata dal Bluntschli, *Droit intern. cod.*, § 847.

([1]) Vedi sopra cap. I, pag. 28 nota 1, pag. 44 note 3-4; cap. II, pag. 52 e seg.

altre parole, è internazionalmente tenuto ad osservare una certa condotta nell'impedire o reprimere il commercio marittimo dei privati in tempo di guerra; in particolare, è tenuto a non impedire se non quei fatti che *il diritto internazionale* gli permette d'impedire, a non desumerne, a danno degli individui, conseguenze più gravi di quelle che *il diritto internazionale* gli consente di desumerne [1], ad istituire una

---

[1] Si può indubbiamente dimostrare l'esistenza di un diritto internazionale positivo, che determina *alcuni limiti* entro cui deve contenersi il belligerante nel reprimere la violazione del blocco ed il trasporto del contrabbando di guerra, e che in particolare esclude la facoltà di punire con pene personali gl'individui che commettono questi fatti: non si può, invero, considerare come diritto di punire quello di ritenere prigioniero di guerra l'equipaggio di una nave *nemica* che ha tentato di violare il blocco. Intorno alle conseguenze di questi fatti confr.: BYNKERSHOECK, *Quaestionum iuris publici libri duo,* Lugduni Batavorum 1737, lib. I, cap. 11 e 12; VATTEL, *op. cit.*, lib. III, cap. 7, § 117; ORTOLAN, *Règles internationales et diplomatie de la mer,* Paris 1845, vol. II, pag. 313 e segg., 172 e segg.; HAUTEFEUILLE, *Des droits et des devoirs des nations neutres en temps de guerre maritime,* 2ª ediz., Paris 1858, vol. III, pag. 151 e segg., 222 e segg., 444 e segg.; GESSNER, *Le droit des neutres sur mer,* 2ª ediz., Berlin 1876, pag. 219 e segg.; FAUCHILLE, *Du blocus maritime, étude de droit international et de droit comparé,* Paris 1882, pag. 320; PERELS, *op. cit.*, § 51, pag. 260 e segg.; MARTENS F., *Traité,* vol. III, pag. 291, 353 e seg.; GEFFCKEN, *Die Neutralität,* citato, pag. 770 e seg., 729 e segg.; FIORE, *Dir. intern. pub.,* vol. III, pag. 506 e seg.; CALVO, *op. cit.*, vol. V, §§ 2897 e segg., 2775 e segg; BLUNTSCHLI, *Dr. intern. cod.*, §§ 809 e segg., 839 e segg.; DESPAGNET, *op. cit.*, pag. 650 e segg.; ULLMANN, *op. cit.*, pag. 332, 360 e seg; v. LISZT, *op. cit.*, pag. 322, ecc.: vedi anche il regolamento prussiano del 20 giugno 1864, art. 18, ed il regolamento danese del 16 febbraio stesso anno, art. 19. Le opinioni espresse ed i fatti riferiti da questi scrittori dimostrano in modo evidente che, esclusa ogni e qualunque penalità personale per il trasporto del contrabbando di guerra, scomparsa, sino dalla fine del secolo XVIII, la pratica di considerare i marinari delle navi nemiche che avevano violato il blocco come combattenti illegittimi sottoposti al rigore delle leggi di guerra, e caduto anche qualche tentativo recente di rievocarla, le sanzioni

speciale magistratura, che giudichi sulla legalità delle prede operate a danno dei particolari [1]. Sia nell'emanare le dispo-

---

ammesse dal diritto internazionale riguardano soltanto la confisca della nave e del carico, e la facoltà di ritenere e trattare come prigioniero di guerra l'equipaggio della nave nemica che ha violato il blocco. Non vale di certo a infirmare questo principio qualche opinione isolata, come quella del KLÜBER, *Droit des gens moderne de l'Europe*, 2ª ediz. curata da A. OTT, Paris 1861, § 298, che ritiene ammissibile la punizione personale dei violatori del blocco (nello stesso senso, conformemente alla pratica de' suoi tempi, G. F. MARTENS, *Précis*, §§ 219-20). Uno stato il quale comminasse delle pene contro i violatori del blocco o i trasportatori del contrabbando di guerra eccederebbe perciò dalle facoltà che gli accorda il diritto internazionale: l'azione sua sarebbe contraria, non già ad un diritto dell'individuo, ma a quello dello stato a cui l'individuo appartiene, il quale può pretendere, in base al diritto internazionale vigente, che le conseguenze di quei fatti commessi dai suoi sudditi non si estendano oltre la confisca di oggetti determinati.

[1] Il diritto internazionale si limita attualmente ad esigere che la cattura non attribuisca di pien diritto al cattore la proprietà della preda, ma che v' intervenga un giudizio, il quale ne apprezzi e ne dichiari la validità: confr. PERELS, *op. cit.*, § 59; FIORE, *Dir. intern. pub.*, vol. III, pag. 512; MARTENS, *Traité*, vol. III, pag. 293-94; GEFFKEN, *Die Neutralität*, pag. 781; CALVO, *op. cit.*, vol. V, §§ 3004 e 3035; MORIN, *Les lois relatives à la guerre selon le droit des gens moderne*, Paris 1872, vol. II, pag. 354; FUNCK-BRENTANO ET SOREL, *Précis du droit des gens*, Paris 1877, pag. 422; DESPAGNET, *op. cit.*, pag. 684; RIVIER, *Principes*, vol. II, pag. 353; GAREIS, *Institutionen*, pag. 244; ULLMANN, *op. cit.*, pag. 345, 362; v. LISZT, *op. cit.*, pag. 326, ecc. ecc. Quasi tutti gli scrittori moderni ritengono che la sentenza pronunziata nel giudizio di preda *sia l'atto attributivo della proprietà* al cattore; ma la necessità del giudizio non vien meno di fronte all'opinione di quelli scrittori, i quali ritengono che la preda si acquisti prima della sentenza, e danno perciò a questa un carattere semplicemente *dichiarativo;* così ad es. KLÜBER, *op. cit.*, §§ 254, 261, e OLIVI, *Manuale*, pag. 578 e segg.: in tal caso, infatti, l'acquisto della proprietà è sottoposto ad una *condicio iuris* nei rapporti fra il cattore ed il predato, e nei rapporti internazionali rimane immutato il principio che lo stato a cui appartengono gl'individui spogliati non è tenuto

sizioni che limitano la libertà di commercio dei privati in tempo di guerra, sia nello stabilire le conseguenze che deriveranno dalla trasgressione de' suoi precetti, sia, infine, nel determinare le condizioni e formalità che precedono la confisca delle navi o delle merci di proprietà privata, lo stato deve procedere uniformandosi ai precetti del diritto internazionale ed osservando i limiti e i modi che questo gl' impone. Ma si tratta sempre di doveri che lo stato ha di fronte agli altri stati; e soltanto dal riconoscimento e dall' adempimento di questi doveri possono sorgere diritti subiettivi dell' individuo, *fondati sulle norme giuridiche emanate dal belligerante*, quello, ad esempio, di non essere impedito nel suo commercio fuori dei casi determinati *da queste norme*, quello che la trasgressione del divieto non gli produca conseguenze più gravose di quelle *ivi stabilite*, il diritto, infine, che le prede operate a suo danno non sieno produttive di effetti giuridici, se non intervenga quel particolare giudizio *istituito dallo stato*, che ne dichiari la legalità [1].

---

giuridicamente a riconoscere la legalità della confisca, se non è intervenuto il giudizio. Su tale principio, adunque, non cade dubbio di sorta; ma non credo che al di là di questo si possano dimostrare altre regole positive di diritto internazionale, che determinino l'ordinamento, i caratteri, gli effetti del giudizio. La varietà che si riscontra in proposito nelle regole adottate dai singoli stati, e la coscienza che trattasi di materia soggetta al loro potere, non dubbiamente manifestata da ciascuno di essi col sancire regole proprie, escludono l'esistenza di obblighi internazionali più determinati e concreti: certi tratti comuni, che si possono riscontrare nelle istituzioni relative a questa materia in un certo numero di paesi, o anche in tutti, vanno riguardati come i rudimenti di un diritto uniforme, anzichè come l'effetto di un obbligo internazionale. Vedi, in proposito, BULMERINCQ, *Le droit des prises*, citato sopra nella nota 1 a pag. 83.

[1] È forse inutile ch'io avverta il lettore che parlo qui di *diritti individuali* nel senso scientifico e non volgare della parola, nel senso, cioè, di *facoltà riconosciute e garantite da una norma?* In senso volgare e affatto improprio si può dire che l'individuo ha il *diritto* di esercitare liberamente il commercio, salve le limitazioni imposte

L'istituzione del tribunale delle prede rappresenta così l'adempimento di un dovere internazionale, o, se par meglio, di una condizione imposta allo stato dal diritto internazionale, se vuole che gli altri stati sieno obbligati a riconoscere la legalità della cattura (¹). Come il tribunale delle prede

---

dallo stato; è manifesto, però, che qui si tratta dell'esercizio di una libertà naturale, e quindi di un fatto giuridicamente irrilevante. Ma dal momento che una norma giuridica riconosce all'individuo la potestà di esercitare un determinato commercio e gli accorda i mezzi per tutelarla, essa si trasforma in un vero e proprio diritto subiettivo; onde, nel caso nostro, veri diritti dell'individuo possono sorgere con le norme emanate dal belligerante, e trovare in queste il loro fondamento. In quanto il belligerante, proibendo il trasporto delle merci di contrabbando, riconosce ai sudditi degli stati neutrali la facoltà di portare al nemico tutte le merci non proibite; in quanto ordina che i trasgressori incontrino certe conseguenze e non certe altre; ed in quanto accorda agl'interessati di far valere le loro ragioni dinanzi ad una speciale magistratura, esso crea indubbiamente dei veri e propri diritti subiettivi dell'individuo. Si può dire, allora, che l'individuo ha il *diritto* di trasportare liberamente le merci che il belligerante non ha proibito, il *diritto* che la nave ed il carico non sieno confiscati fuori dei casi e dei limiti stabiliti, il *diritto*, infine, di rivolgersi all'autorità designata per ottenerne la tutela giuridica concessa dallo stato. Questi sono veri e propri diritti dell'individuo, facoltà riconosciute e tutelate da una norma; ma essi sorgono appunto in virtù delle norme emanate dal belligerante, e di queste soltanto; prima delle norme e fuori di esse abbiamo la libertà naturale dell'individuo, non il diritto; e ciò spieghi, se pur ve n'era bisogno, il significato delle proposizioni enunciate nel testo.

(¹) In questo senso il TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 290 e seg., il quale osserva che non è giusto parlare di un *dovere* dello stato di far giudicare della validità della preda da un tribunale, mentre deve dirsi che il giudizio è soltanto la premessa necessaria a ciò che il nemico o il neutrale sia tenuto a riconoscere la legalità della confisca. Analogamente, l'organizzazione dei tribunali misti dell'Egitto rappresenta, da parte di questo, l'adempimento della condizione, alla quale gli stati europei subordinarono la restrizione della giurisdizione consolare. Sarebbero, invece, tribunali interni direttamente imposti dal diritto internazionale

costituisce una magistratura interna, così sono norme di diritto interno quelle che esso applica per giudicare della legalità delle prede; sono le norme che il belligerante stesso ha emanate per proibire certi atti o esercitare certe facoltà, che il diritto internazionale gli permetteva di proibire, e rispettivamente di esercitare. E poichè ai privati si rivolgono soltanto queste norme, e non quelle di diritto internazionale, che hanno esclusivo riguardo alla condotta dello stato, così le controversie che vengono dinanzi ai tribunali delle prede trovano la loro regola immediata nel diritto interno, e soltanto per la più esatta interpretazione di questo, o per la risoluzione di questioni pregiudiziali o incidentali connesse con la sua applicazione, il tribunale può trovarsi nel caso di dover ricorrere al diritto internazionale [1]. La funzione di questi tribunali nell'appli-

---

quelli creati dagli stati rivieraschi per la risoluzione delle controversie relative alla navigazione sul Reno: vedi GODEFROI, *Les tribunaux pour la navigation du Rhin*, nella *Rev. de dr. intern.*, vol. I, 1869, pag. 494 e segg.

[1] La giurisprudenza dei tribunali delle prede è così abbondante, e sono così numerose e svariate le questioni di diritto internazionale a cui si collegano le loro decisioni, che io non posso davvero tentare d'indicarle, come ho fatto nelle note precedenti per altre materie. Al solo scopo di darne un esempio concreto, indico brevemente il rapporto in cui si presentavano le questioni di diritto interno ed internazionale in un caso notissimo fra noi, quello del Doelwijk. (*Foro italiano*, 1897, III, 1). La commissione era chiamata a giudicare sulla legittimità della preda e sulla confisca degli oggetti predati dallo stato italiano a danno di privati stranieri in base alle disposizioni del codice italiano per la marina mercantile, ossia a risolvere una questione direttamente regolata dal diritto interno italiano. Le disposizioni legislative applicabili sono infatti emanate, giusta quanto abbiamo detto, nell'esercizio di una potestà accordata allo stato dal diritto internazionale, ed hanno perciò carattere e contenuto di diritto interno. Ma l'applicabilità delle disposizioni in discorso presupponeva risolute alcune questioni, veramente e direttamente regolate dal diritto internazionale. Anzitutto quella se « quando fu operata la cattura del Doelwijk l'Italia fosse o non fosse in stato di guerra con l'Abissinia anche riguardo ai neutri ». È chiaro

cazione del diritto internazionale non si allontana dunque, nè punto nè poco, dalle regole generali che ho esposte. La materia

---

che la determinazione del rapporto di belligeranza, dei modi onde comincia e finisce, delle condizioni necessarie perchè abbia effetto giuridico riguardo ai terzi stati, non può chiedersi che al diritto internazionale; ma non è meno certo che la risoluzione di questo problema mirava unicamente a permettere la risoluzione di una questione di diritto interno, ossia l'applicabilità, al caso concreto, delle disposizioni degli articoli 215, 225, 226 cod. per la marina mercantile. Parimente, l'applicabilità dell'art. 215 presupponeva risoluta un'altra questione di diritto internazionale, se, cioè, « per poter ritenere che la nave carica d'armi sia o non sia contrabbando di guerra, debbasi guardare soltanto alla destinazione di essa nave, oppure alla destinazione finale del carico »; in altri termini e più esattamente, « se uno stato abbia il diritto di confiscare una nave che trasporta contrabbando di guerra, anche quando essa è diretta ad un porto neutrale, donde il carico potrà, per via di terra, procedere fino allo stato nemico ». È certo, infatti, che la confisca comminata dall'art. 215 muove dal concetto che lo stato abbia il diritto di catturare la nave; ora, l'esistenza o meno di questo diritto non si può affermare che in base alle norme giuridiche internazionali. E secondo queste norme doveva pure giudicare, e giudicò infatti la commissione, sia della legalità del modo onde erasi proceduto alla cattura, sia della condizione giuridica delle acque dove era avvenuta. Anche per stabilire se la confisca sia legittima dopo cessato lo stato di guerra si presentava alla commissione un problema di diritto internazionale, perchè, al solito, l'applicazione dell'art. 215 presuppone che lo stato abbia il diritto di confiscare; donde il bisogno di risalire alle norme giuridiche internazionali per determinare se uno stato possa confiscare, dopo cessata la guerra, le navi e le merci predate durante la medesima. Non è dubbio che nella soluzione di queste questioni si accentrassero tutte le difficoltà gravissime del caso sottoposto alla commissione; ma non è men certo che esse rappresentano soltanto delle questioni pregiudiziali rispetto alla controversia che la detta commissione era chiamata a risolvere, quella, cioè, dell'applicabilità della disposizione contenuta nell'art. 215 cod. per la marina mercantile: questa disposizione, non il diritto internazionale, doveva fornire la norma per risolvere la controversia fra il governo italiano da un lato, i proprietari della nave e del carico dall'altro, ossia la sola

di cui si contende innanzi a loro è materia di diritto interno, non internazionale; e qualunque sia il modo di composizione e di funzionamento di questi tribunali, essi non potranno mai esercitare altro che una funzione di giustizia interna richiesta dal diritto internazionale. Si potranno, senza dubbio, formare delle regole di diritto internazionale, che limitino la libertà attualmente lasciata agli stati riguardo alla formazione ed al funzionamento di questi tribunali; si potrà forse, come alcuni si augurano, con un accordo internazionale modificarne sostanzialmente la composizione; ma una magistratura istituita per giudicare della legalità di una preda operata dallo stato a danno di un individuo [1], sarà sempre una magistratura

---

controversia deferita, *in via diretta*, al giudizio della commissione delle prede. Osservazioni analoghe si possono facilmente fare rispetto ad ogni altra sentenza in questa materia; mutano le questioni pregiudiziali di diritto internazionale sollevate dal caso concreto, ma il rapporto loro con la funzione del tribunale rimane lo stesso. Importanti decisioni dei tribunali delle prede, che illustrano e confermano in vari modi le idee qui propugnate, posson vedersi in quasi tutti i trattati generali di diritto internazionale, specialmente inglesi ed americani, nel libro già citato del COBBETT, e nel BARBOUX, *Jurisprudence du conseil des prises pendant la guerre de 1870-71*, Paris 1872.

[1] È frase comunemente ripetuta che in questi giudizi lo stato è giudice e parte: FIORE, *Dir. intern. pub.*, vol. III, pag. 517; GEFFCKEN, *Die Neutralität*, pag. 782; PERELS, *op. cit.*, pag. 315 e seg.; ULLMANN, *op. cit.*, pag. 362 nota 3; DESPAGNET, *op. cit.*, pag. 685; OLIVI, *op. cit.*, pag. 584 e seg., ecc. ecc. Ma, se ben guardiamo, il caso, obiettivamente considerato, non è diverso da tutti gli altri giudizi che si svolgono fra stato e privati. Ogni controversia di questo genere dev'essere risoluta necessariamente da organi statuali: il giudizio in cui un privato, cittadino o straniero poco importa, chiede la restituzione d'imposte indebitamente pagate o il risarcimento di danni arrecati dalla pubblica amministrazione, come il giudizio in cui quest'ultima fa valere una pretesa patrimoniale in confronto ad un privato, si svolgono dinanzi ad organi statuali, senza che *per questo motivo* vengano meno le necessarie guarentigie di giustizia e d'imparzialità. La questione non sta nella natura giuridica dell'organo cui è deferita la controversia, ma

interna, chiamata ad applicare un diritto interno. La riforma, se ben guardiamo, non può consistere nel sostituire, in tutto o in parte, all'attuale giurisdizione interna una giurisdizione internazionale, ma sibbene nell'ordinare, per via di accordi internazionali, la giurisdizione interna in modo che, avuto riguardo alle peculiari condizioni della materia di cui si tratta, offra le maggiori garanzie di giustizia agl'individui ed agli stati cui questi appartengono (¹).

---

nella posizione in cui è collocato rispetto ai contendenti. Anche nel caso nostro non vi è nulla di anormale nel fatto che lo stato deferisca ad organi suoi il giudizio sulla legalità di atti compiuti dai propri funzionari, o per dir meglio, che istituisca una funzione giurisdizionale assoggettandovi la pubblica amministrazione: ma il pericolo e l'anormalità posson trovarsi nel modo di composizione e di funzionamento degli organi cui assegna questa funzione; e ciò tanto più facilmente, quanto più grave e delicata è la materia di cui si tratta.

(¹) Intorno ai progetti di riforma dei tribunali delle prede, vedi specialmente: *Annuaire de l'Institut de droit international,* vol. IX, 1883, pag. 188 e segg., e i volumi precedenti citati ivi nella nota 1 a pag. 189; BULMERINCQ, nello studio già più volte citato; BLUNTSCHLI, *Le droit du butin en général et spécialement du droit des prises maritimes,* nella *Rev. de dr. intern.*, vol. IX, 1877, pag. 508 e segg., e vol. X, 1878, pag. 60 e segg.; GESSNER, *Les tribunaux de prises et leur réforme, Revue cit.,* vol. XIII, 1881, pag. 260 e segg.; PERELS, *op. cit.*, § 57 e segg.; FIORE, *Dir. intern. pub.*, vol. III, n. 1769 e segg.; DIENA, *I tribunali delle prede belliche e il loro avvenire,* Torino 1896, ecc. La giurisdizione internazionale, che tutti questi progetti mirano a sostituire, in maggiore o minore misura, alla giurisdizione interna ora esistente, non è, in realtà, che un sistema di regole internazionali relative alla formazione ed al funzionamento degli organi giudiziari interni, che si occupano di questa materia. Mentre ora non esiste alcun limite giuridico alla libertà degli stati, i progetti di cui parliamo avrebbero per risultato d'introdurre un complesso di regole, per le quali gli stati sarebbero obbligati a deferire questi giudizi ad organi composti e funzionanti in un determinato modo. Ma tutto ciò non muta, nè può mutare, la natura degli organi e delle loro funzioni. I nuovi tribunali sarebbero così poco tribunali internazionali nel senso vero della parola, come lo sono ora i tribunali misti dell'Egitto; essi sorgerebbero in

Al di sopra di questi rapporti di diritto interno si dispiegano poi le relazioni di diritto internazionale, e sorgono le controversie ad esse relative. Gli stati hanno il diritto che a danno dei loro sudditi non sieno compiuti fatti non ammessi dal diritto internazionale: se dunque uno stato emana disposizioni contrarie ai precetti del diritto internazionale, o se i tribunali da lui istituiti pronunziano sentenze, conformi bensì alle regole che sono chiamati ad applicare, ma in opposizione col diritto internazionale, lo stato ne risponde verso quello a cui appartengono gl' individui lesi; e questa è vera responsabilità di diritto internazionale, ben diversa da quella che lo stato possa avere incontrato verso i privati per l' atto illecito de' suoi funzionari [1]. Di questa responsabilità internazionale

---

virtù di un obbligo internazionale degli stati, determinato nel suo contenuto da principî e norme di diritto internazionale, ma non sarebbero per questo tribunali internazionali, dal momento che le controversie deferite al loro giudizio rimarrebbero sempre quello che sono attualmente, cioè controversie regolate da un diritto interno voluto o permesso dal diritto internazionale. Non voglio trattenermi di più sopra un argomento, che nella trattazione nostra è puramente occasionale: ma quel che ne ho detto basta a metter in chiaro l'errore che vizia il ragionamento di coloro, i quali propugnano la creazione di una giurisdizione internazionale, adducendo che le controversie in discorso sono regolate dal diritto internazionale; e nello stesso tempo indica con sufficiente esattezza il punto di vista critico, dal quale devonsi apprezzare le proposte di riforma dei tribunali delle prede; punto di vista che, escludendo l'idea di una *trasformazione* degli organi esistenti e sostituendovi quella di una loro progressiva e graduale *modificazione*, mediante il formarsi di nuove regole internazionali accanto alle pochissime che già esistono, presenta, a mio giudizio, la maggiore importanza anche per la possibilità dell'attuazione pratica.

(1) Su questa distinzione della responsabilità internazionale, che ha per oggetto la tutela dei diritti individuali, dalla responsabilità dello stato verso l'individuo leso, derivante dalla ingiusta violazione di una norma interna voluta dal diritto internazionale, vedi la mia *responsabilità dello stato nel diritto internazionale*, pag. 130 e seg. Lo stato ha indubbiamente l'obbligo d'indennizzare il proprietario della nave,

dello stato, derivante dall'avere emanato disposizioni o conferito ai tribunali delle prede facoltà che contrastano coi doveri

---

quando il sequestro risulti illegale: v. Liszt, *op. cit.*, pag. 326; Gessner, *Le droit des neutres*, pag. 424 e segg.; Perels, *op. cit.*, pag. 323 e seg.; Geffcken, *Die Neutralität*, pag. 784; Ullmann, *op. cit.*, pag. 363; Gareis, *Institutionen*, pag. 244, 254; Martens, *Traité*, vol. III, pag. 300; Fiore, *Dir. intern. pub.*, vol. III, nn. 1784, 1789-90, ecc.; ma quest'obbligo ha fondamento e significato assai diversi nei rapporti dello stato che ha eseguito il sequestro verso l'altro stato cui appartiene l'individuo leso, e di quello verso quest'ultimo. Nei rapporti fra gli stati l'obbligo in discorso è la conseguenza del principio che uno stato non è tenuto a tollerare che a danno dei suoi sudditi si compiano fatti non ammessi dal diritto internazionale, mentre nei rapporti fra lo stato cattore e l'individuo l'obbligo non può derivare che dalle norme interne emanate dal belligerante, le quali accordino ai privati il diritto di non essere disturbati nel loro commercio fuori dei casi determinati, e dichiarino perciò illecito ogni altro impedimento o ritardo apportato al detto commercio. Nel primo caso fu violato il diritto internazionale dello stato sugli individui, nel secondo il diritto di questi ultimi; onde può esistere una violazione, e quindi una responsabilità, senza l'altra. Se lo stato ha emanato delle norme che limitano il commercio dei privati oltre i casi e i modi ammessi dal diritto internazionale, gli atti compiuti dai funzionari in conformità di queste norme sono certamente contrari al diritto internazionale, ma sono in pari tempo conformi al diritto interno: essi impegnano la responsabilità internazionale dello stato, ma non si può dire che *di per sè stessi* attribuiscano all'individuo leso un diritto al risarcimento: questo potrà essere soltanto l'effetto, la conseguenza della responsabilità internazionale, o, per dir meglio, il modo in cui si esplica questa responsabilità. Invece, un atto compiuto dai funzionari contrariamente alle disposizioni emanate dal belligerante, rende lo stato responsabile verso l'individuo; ma se lo stato riconosce ed accetta le conseguenze di questa responsabilità di diritto interno, non sorge veruna responsabilità internazionale, perchè manca l'estremo di questa responsabilità, derivante dall'ingiusta violazione del diritto internazionale. Chè se lo stato rifiuti di indennizzare l'individuo ingiustamente leso, la responsabilità internazionale che ne sorge ha il suo fondamento, non già nel danno recato all'individuo, ma nel *diniego di giustizia*, che, nei rapporti fra gli stati, costituisce di

internazionali, la storia ci offre esempi famosi [1]; e l'esame loro, che fu il punto di partenza della teoria che considera i tribunali delle prede come veri e propri organi del diritto internazionale, e come tali tende a modificarli o trasformarli [2], meglio assai avrebbe potuto fornire il criterio sicuro per distinguere il duplice ordine di relazioni, che in tutto questo campo si toccano e s'intrecciano fra loro; perchè questa responsabilità, che è dello stato verso altri stati e non verso i privati individui, che dà luogo a controversie fra gli stati ed a misure coercitive internazionali [3], congiunta alla possibilità che i

---

per sè un atto contrario ai doveri internazionali, ed è quindi causa di responsabilità. Il risarcimento del danno al proprietario della nave ingiustamente catturata non deriva perciò mai direttamente dal diritto internazionale, ma è sempre una di queste due cose: *a*) o la conseguenza di un fatto contrario alle norme interne emanate dal belligerante per l'esercizio delle facoltà accordategli dal diritto internazionale —, *b*) oppure il modo nel quale si esplica la responsabilità internazionale dello stato verso un altro stato cui appartiene l'individuo leso, non per un diritto proprio di quest'ultimo, ma per la volontà dello stato, che vuole e può esigere che i sudditi suoi non risentano le conseguenze di una condotta di un altro stato non conforme al diritto internazionale. Nel primo caso l'individuo ha un proprio diritto e può farlo valere; nel secondo, invece, è lo stato che fa valere il diritto *suo*, e l'individuo non può che risentirne le conseguenze.

[1] WHEATON, *Histoire des progrès du droit des gens*, 3ª ed., Leipzig 1853, secondo periodo, § 10; GEFFCKEN, *Die Neutralität*, pag. 785.

[2] Il noto libro del HÜBNER, *De la saisie des bâtiments neutres*, La Haye 1759, che per il primo sollevò la questione della riforma dei tribunali delle prede, negando la giurisdizione del belligerante sui bastimenti neutrali e sostenendo l'istituzione di commissioni miste, trasse appunto occasione dalle controversie internazionali, che si erano allora verificate, specialmente fra l'Inghilterra e la Prussia: vedi gli scrittori citati nella nota precedente.

[3] L'esempio storico più notevole è la confisca dell'imprestito slesiano nel 1753; vedi in proposito DUPUIS, *Un conflit entre Frédéric II et l'Angleterre au sujet des prises maritimes*, negli *Annales de l'École des sciences politiques*, 1892, pag. 79 e segg.

tribunali delle prede pronunzino *legalmente* sentenze contrarie ai doveri internazionali dello stato, è la più sicura riprova di ciò che abbiamo asserito, vale a dire che neppure questi tribunali risolvono controversie direttamente regolate dal diritto internazionale.

In un ulteriore sviluppo, noi possiamo benissimo concepire l'esistenza di un duplice ordine di organi giudiziari relativi a questo argomento: gli attuali tribunali delle prede, comunque modificati e trasformati in vista di assicurarne il più retto funzionamento; ed insieme altri tribunali, creati dalla comune volontà degli stati, veri organi di giustizia internazionale, aventi l'ufficio di decidere le controversie fra gli stati belligeranti ed i neutrali, sorte, sia per le disposizioni emanate in materia di prede, che per l'applicazione fattane dagli organi giudiziari interni. Non dico che questo sviluppo sia facile e neppur prevedibile; accenno soltanto qual ne sarebbe il risultato se avvenisse. Ed il risultato, se non prevedibile certamente almeno concepibile, sarebbe la creazione della funzione giudiziaria internazionale relativa ai rapporti fra belligeranti e neutrali nella guerra marittima. Ciò dimostra ancora una volta che gli attuali tribunali delle prede belliche non adempiono, neanche imperfettamente, una funzione giudiziaria internazionale; adempiono invece, imperfettamente anche questa, una funzione di giustizia interna. La funzione giudiziaria internazionale fa difetto qui come in ogni altro ordine di controversie interstatuali; o per dir meglio, si svolge anche qui coi soliti mezzi limitati ed imperfetti [1].

Che i tribunali delle prede applichino alla risoluzione delle controversie deferite al loro esame il diritto interno, appare chiaramente, a chi ben guarda, in quei paesi e per quelle materie, dove esistono norme emanate dalla volontà statuale,

---

[1] Molti esempi di arbitrati internazionali per controversie relative alle prede belliche, possono vedersi indicati da H. La Fontaine, *Histoire sommaire et chronologique des arbitrages internationaux (1794-1900)*, nella *Rev. de dr. intern.*, serie 2ª, vol. IV, 1902, pag. 349 e segg., nn. 3, 4, 17, 24, 27, 30, 46, 177.

applicabili ai rapporti che i detti tribunali son chiamati a regolare. Le disposizioni degli articoli 207 e segg. del nostro codice per la marina mercantile sono evidentemente regole di diritto interno italiano, che lo stato ha potuto legittimamente emanare, esercitando una potestà conferitagli dal diritto internazionale: l'applicazione di queste regole è dunque applicazione del diritto italiano, che regola, in determinate contingenze, i rapporti fra lo stato nostro ed i privati stranieri. Ma la cosa non è diversa anche quando, come spesso accade, lo stato non emana disposizioni sue proprie, ma si riferisce semplicemente a ciò che dispone in proposito il diritto internazionale. Si verifica allora uno dei casi di emanazione abbreviata delle norme giuridiche interne volute dal diritto internazionale, di cui ho parlato sopra. I tribunali delle prede non applicano neanche allora le regole del diritto internazionale, che, riguardando i rapporti fra gli stati belligeranti e neutrali, hanno un contenuto assolutamente diverso ed incommensurabile alle questioni che son chiamati a risolvere: si valgono del diritto internazionale solo in quanto lo stato ha voluto e potuto desumerne la norma de' suoi rapporti coi sudditi degli stati belligeranti e neutrali, ossia la norma di rapporti, che non sono regolati dal diritto internazionale. Onde non possiamo neanche accettare, senza qualche riserva e spiegazione, ciò che dice a questo proposito Jellinek [1], vale a dire che il diritto internazionale viene allora applicato nel suo aspetto materiale, mentre dal lato formale ha valore soltanto fra gli stati e questi soli posson domandarne l'applicazione. Sarebbe, infatti, in errore chi credesse che in questo caso la norma di diritto internazionale, pur desumendo dalla volontà dello stato il valore formale di diritto interno, fosse, per il suo contenuto, applicabile ai rapporti di cui si parla. Imperocchè il contenuto della norma è anzi addirittura inidoneo a ricevere applicazione nel caso nostro: una norma che regola la condotta dello stato verso un altro stato, che stabilisce diritti e doveri reciproci di

---

[1] JELLINEK, *System*, pag. 314.

questi stati, relativi al modo onde devono comportarsi verso determinati individui, non può manifestamente servire a regolare rapporti fra stato e privati, nè fissare i diritti e i doveri dell'uno a riguardo degli altri. La norma che dice allo stato: « tu puoi confiscare gli oggetti di contrabbando », è ben diversa, anche nell'elemento materiale, dalla norma che dice al privato: « astienti dal trasportare oggetti di contrabbando, sotto pena di confisca ». È dunque necessario ammettere che il rinvio al diritto internazionale è una vera e propria creazione di norme giuridiche, con le quali lo stato dà vita a relazioni di diritto e di dovere fra sè ed i privati dei quali si parla: un modo particolare di creazione del diritto, reso possibile dall'indole di quelle norme giuridiche internazionali e dal modo assai spesso inesatto d'intenderle e di formularle (¹); ma in ogni caso è necessario ammettere questa creazione, se deve sorgere un diritto o un dovere dell'individuo verso lo stato e di questo verso quello, mentre le norme giuridiche internazionali possono stabilire soltanto diritti e doveri degli stati fra loro.

Un altro argomento, che pure si collega a questa forma speciale di emanazione di norme giuridiche interne volute dal diritto internazionale, e che per la sua pratica importanza ha dato luogo a maggiori discussioni, e per le difficoltà che presenta è rimasto più d'ogni altro avvolto di dubbi e di inesattezze che interessano direttamente il nostro problema, è quello della cosiddetta *applicazione giudiziaria dei trattati internazionali*. Il trattato, essendo un atto giuridico internazionale, non può dar vita a relazioni di diritto se non fra gli stati, non può creare pretensioni ed obblighi se non a favore e contro di questi (²). Di qui deriva una conseguenza,

---

(¹) Confr. TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 21; ANZILOTTI, *Responsabilità dello stato*, pag. 131 e seg.

(²) Questo concetto è magistralmente svolto e dimostrato dal LABAND, *op. cit.*, vol. II, pag. 114 e segg., al quale senz'altro mi riferisco per risparmiare a me ed al lettore una digressione, che non potrebbe essere breve. Confr. anche O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig 1895, vol. II, pag. 459, e TRIEPEL, *op. cit.*,

tanto semplice e chiara, quanto generalmente trascurata; vale a dire che una pretesa, la quale abbia il suo fondamento

pag. 115 e seg. Credo invece opportuno richiamare l'attenzione del lettore sopra alcune sentenze, poco note e forse addirittura inavvertite, nelle quali trovasi un'applicazione esplicita del principio esposto nel testo. Una è dell'*Alta corte di giustizia* inglese, e trovasi nei *Law Reports*, *1 Q. B. D. 487:* alcuni mercanti inglesi, erano stati autorizzati dall'impero chinese a commerciare coi membri della corporazione *Cohong;* sopraggiunta la guerra fra l'Inghilterra e la China la corporazione fu sciolta, ed i negozianti inglesi persero ogni azione verso la medesima: fu concluso un trattato col quale, fra le altre cose, la China si obbligava a pagare al governo inglese una data somma, rappresentante il debito della *Cohong* verso i mercanti inglesi: l'alta corte giudicò che uno di questi negozianti non aveva il diritto d'intentare un'azione contro il governo inglese pel pagamento di una somma che pretendeva essergli dovuta dalla *Cohong*, perchè dal trattato era sorto un diritto del governo inglese, e non dei singoli, alla somma pagata dalla China, e il diritto di questi doveva trovare il suo fondamento nella volontà del governo di attribuire loro la somma in discorso. Un'altra sentenza è del tribunale dell'impero germanico, dell'8 ottobre 1895, e trovasi riferita nel *Journ. du dr. intern. pr.*, vol. XXVI, 1899, pag. 399 e segg.: secondo questa sentenza un privato non può prevalersi, per intentare un'azione di risarcimento contro uno stato, degli impegni assunti da questo in un trattato internazionale; in particolare, un battelliere, il cui battello è naufragato sull'Elba, in seguito a mancanza di mantenimento della navigabilità di questo fiume imputabile ad un agente del governo mecklemburghese. non può prevalersi, per domandare il risarcimento del danno, delle disposizioni dell'atto internazionale 23 giugno 1821 sulla navigazione dell'Elba e dell'atto complementare 13 aprile 1844: il tribunale dell'impero dichiara in questa sentenza che nei trattati internazionali gli stati s'impegnano gli uni verso gli altri, non verso i particolari interessati all'esecuzione dei trattati stessi. Implicitamente anche il tribunale di Roma nella sentenza 2 giugno 1899 (*Temi romana*, 1900, 90) aveva riconosciuto questo principio, se anche non lo aveva interamente compreso ed esattamente formulato, osservando che per la lettera e per lo spirito della convenzione internazionale 19 novembre 1896, colla quale il governo brasiliano accordò al governo italiano

immediato in un trattato internazionale, non può mai venire dinanzi all'autorità giudiziaria; ossia che questa non applica mai i trattati, nel senso che essi possano formare la base diretta delle sue decisioni. Se in via pregiudiziale o incidentale i giudici interni possano e debbano applicare i trattati internazionali, è una questione diversa, che va per ora lasciata da parte.

Vi sono, invero, alcuni trattati che, per la natura loro, non lasciano dubbio sulla esattezza di queste proposizioni: è certo, ad esempio, che i trattati di pace, di alleanza, di garanzia, di regolamento di confini, di costituzione di servitù, e via dicendo, non possono dar luogo a controversie suscettive di essere risolute dai tribunali interni, ma soltanto coi mezzi

---

una somma da ripartirsi fra gl'italiani danneggiati nei moti del Brasile del 1893, deve ritenersi rimesso al pieno arbitrio del governo di procedere alla detta ripartizione, senza alcuna sua responsabilità, nè verso il Brasile, nè verso i danneggiati stessi; che quindi il danneggiato, al quale venne rimessa la sua quota nel riparto formato dalla commissione governativa, manca d'azione per poter chiedere conto al governo del modo col quale si è proceduto al riparto e per far liquidare giudizialmente la quota a lui spettante; e tale mancanza d'azione si risolve nella incompetenza dell'autorità giudiziaria. Pare pertanto che il tribunale ritenga di dovere interpretare il trattato italo-brasiliano, arrivando però alla conclusione giusta che da esso non potè nascere un diritto dei privati; ma la cassazione di Roma, nella sentenza 13 dicembre 1900 (*Fòro* 1901, I, 403) si basò invece, relativamente alla stessa causa, sul principio che le convenzioni internazionali, anche se riguardanti interessi privati, hanno sempre carattere eminentemente politico e quindi la loro interpretazione sfugge alla competenza dell'autorità giudiziaria: un principio che contraddice alle massime precedentemente seguite dalla giurisprudenza nostra nella questione dell'applicazione giudiziaria dei trattati internazionali, come avremo occasione di vedere fra poco, e che nel caso concreto sfugge, anzichè risolverlo, il vero problema, includendo un errore analogo a quello che mi parve dover rimproverare alla stessa corte in ordine alla sentenza 28 febbraio 1899 nella nota causa Cerruti: vedi, in proposito, la mia ***Responsabilità dello stato nel diritto internazionale***, nota 3 a pag. 7 e segg.

propri del diritto internazionale [1]. Rispetto ad altri trattati invece, e specialmente a quelli il cui scopo mediato o immediato è di far acquistare agli individui certi diritti o d'imporre loro certi doveri, prevale, ed è largamente diffusa, una dottrina, che, almeno nei principî razionali, si trova con quella qui esposta in deciso contrasto, perchè, movendo dal concetto che i trattati internazionali hanno valore di legge nell'interno dello stato, ritiene che possano altresì servire di base, almeno in alcuni casi, a vere e proprie azioni giudiziarie, e fornire al giudice la norma di diritto per risolvere certe controversie.

Questo concetto si può indubbiamente considerare come la base delle dottrine e delle decisioni giurisprudenziali, che in vari stati ammettono nei termini più ampi una competenza dell'autorità giudiziaria ad applicare e interpretare i trattati [2].

---

[1] Ciò, beninteso, non esclude che i tribunali di uno stato possano trovarsi nella necessità di tener conto anche di questi trattati per risolvere questioni regolate dal diritto interno. La determinazione della competenza dell'autorità giudiziaria a conoscere di un dato fatto, o della legge ad esso applicabile, può richiedere, ad esempio, l'applicazione di un trattato di regolamento di confini per stabilire se il fatto è accaduto o no nel territorio dello stato. Può vedersi, per qualche analogia, la sentenza della cassazione di Torino 28 giugno 1877 (*Giurisprudenza di Torino*, 1877, pag. 658), dove si tien conto della convenzione 7 marzo 1861, relativa alla fissazione della frontiera fra la Savoia e l'Italia, onde risolvere una questione di proprietà private e comunali; e quella, relativa alla medesima causa, della corte d'appello della stessa città 28 aprile 1876 (*ibid.* 1876, pag. 591). Ma è evidente che in questi casi non si tratta di decidere una controversia fondata sul trattato, sibbene di applicar questo in via pregiudiziale o incidentale per risolvere controversie regolate dal diritto interno: il caso pertanto, lungi dal costituire una eccezione, rientra nelle regole generali esposte in questo studio. La natura del trattato (contratto o accordo normativo) ha, come vedremo, molta importanza per la determinazione dei mezzi d'impugnativa delle sentenze, ma può esser lasciata da parte nel problema generale che ci occupa ora.

[2] Il concetto che il trattato è una legge nello stato costituisce il fondamento di tutte le opinioni che ammettono, entro più o meno

Ma è da notare che anche gli scrittori e le sentenze che tendono invece a negare, o almeno a restringere in più angusti confini, la competenza di cui parliamo, non muovono affatto dalla considerazione dell'impossibilità che un atto giuridico posto in essere fra gli stati, nella loro qualità di subietti del diritto internazionale, crei diritti e doveri suscettivi di esser fatti valere nelle vie giudiziarie, ma si ricollegano invece al

---

larghi confini, una competenza dell'autorità giudiziaria ad interpretarlo ed applicarlo. Fra gli scrittori si vedano specialmente: SAREDO, *La competenza dell' autorità giudiziaria circa le convenzioni internazionali*, nella *Legge*, 1899, I, 396; DIENA, *Se e in quale misura il diritto interno possa portare limitazioni alle obbligazioni internazionali degli stati*, Torino 1901, pag. 63; KAUFMANN, *op. cit.*, pag. 86 e segg.; FIORE, *Dir. intern. pub.*, vol. II, pag. 342 e seg.; LAGHI, *Teoria dei trattati internazionali*, Parma 1882, n. 317 e segg.; DESPAGNET, *op. cit.*, pag. 493; CALVO, *op. cit.*, vol. III, pag. 398 e seg.; v. BAR, *op. cit.*, vol. I, pag. 144 e segg., ecc. ecc. Quasi tutte le decisioni giurisprudenziali che verrò citando nelle note seguenti, in quanto ammettono la competenza, si fondano pure su questo concetto; per alcune particolarmente importanti vedi KAUFMANN, *op. e loc. cit.* Vedi altresì le note dei segretari di stato americani WEBSTER e SEWARD del 21 giugno 1842 e del 28 giugno 1879 in WHARTON, *A Digest of the International Law of the United States*, 2ª ed., Washington 1888, vol. II, §§ 133, 138. L'opinione comune è così riassunta esattamente da APPERT, *art. cit.*, pag. 433: « *Les traités diplomatiques présentent un double caractère. Ce sont, tout d' abord, des conventions obligatoires pour les parties contractantes; ce sont aussi.... des lois qui créent aux nationaux des États cosignataires des droits et des devoirs.... du fait que le traité engendre des droits et des devoirs pour les particuliers l' application en est fréquemment faite par les tribunaux civils, criminels ou administratifs des États qui l' ont conclu* ». Sono questi i concetti fondamentali in cui si riuniscono, nonostante le numerose e profonde divergenze, le molteplici teorie che ammettono l'applicazione giudiziaria dei trattati internazionali; e la critica che espongo nel testo mira a dimostrare infondati o erronei appunto questi concetti, prescindendo dalla questione vera e propria dell'applicabilità dei trattati da parte dell'autorità giudiziaria, che sarà esposta altrove.

modo di concepire i rapporti fra la giustizia e l'amministrazione nello stato, ossia ad un ordine di concetti tutto diverso da quello al quale io mi riferisco. Se si nega la competenza dell'autorità giudiziaria, ciò non accade perchè si ritenga impossibile la funzione dei tribunali rispetto ad un atto intrinsecamente inidoneo a dar vita a pretese suscettive di esser fatte valere nelle vie giudiziarie, ma piuttosto perchè si ritiene che il trattato costituisca un atto politico o di alta amministrazione, sottratto, come tale e al pari di molti altri, all'apprezzamento dei tribunali [1]; tanto è vero che quando si è creduto di poter mettere da parte questo concetto, non si è esitato ad affermare nei termini più generali una funzione dell'autorità giudiziaria nell'interpretazione ed applicazione

---

[1] Il concetto informa indubbiamente tutte le opinioni e le sentenze, almeno francesi e italiane, contrarie alla competenza dell'autorità giudiziaria; ma è stato svolto ed applicato specialmente in riguardo ai trattati d'estradizione. Vedi in proposito: DUCROCQ, *Theorie de l'extradition*, citato, pag. 507 e segg.; BILLOT, *Traité de l'extradition*, Paris 1874, pag. 302 e segg.; BERNARD, *Traité de l'extradition*, 2ª ed., Paris 1890, vol. II, pag. 542 e segg.; LAMMASCH, *Auslieferungspflicht und Asylrecht*, Leipzig 1887, pag. 803 e segg.; v. MARTITZ, *op. cit.*, vol. II, pag. 348 e segg., ecc. La ricca giurisprudenza francese sulla questione può vedersi indicata negli autori citati ed in APPERT a pag. 438 e seg.; adde, fra le decisioni più recenti, cassaz. francese 2 luglio 1898 (*Journ. du dr. intern pr.*, vol. XXVI, 1899, pag. 129) e 1 luglio 1899 (*ibid.* pag. 1009 e seg.): per l'Italia si vedano specialmente le sentenze della cassazione di Firenze 15 giugno 1875 (*Monit. Trib.* 1875, pag. 1166) e 8 novembre 1882 (*ibid.* 1883, pag. 12), della corte d'appello di Milano 23 gennaio 1891 (*ibid.* 1891, pag. 238) e del tribunale supremo di guerra e marina 18 maggio 1891 (*Legge* 1891, I, 813). Sebbene relativa ad altra materia, deve essere qui rammentata la sentenza della cass. di Roma, 13 dicembre 1900 (*Fòro* 1901, I, 403), la quale afferma nei termini più generali e più espliciti che le convenzioni internazionali, anche se riguardanti interessi privati, hanno sempre carattere eminentemente politico, e però la loro interpretazione sfugge alla competenza dell'autorità giudiziaria.

dei trattati, senza punto accennare alle distinzioni fondamentali della dottrina che vengo esponendo ([1]).

È pure uno svolgimento ed una modificazione insieme di questi concetti la teoria (che tanta fortuna ha avuto nella dottrina e specialmente nella giurisprudenza pratica) la quale distingue, per ammettere o negare la competenza, fra i trattati che hanno riguardo ad interessi privati o individuali ed i trattati che si riferiscono invece ad interessi collettivi ([2]);

([1]) Così infatti esplicitamente APPERT, *art. cit*, pag. 446 e segg.: vedi anche DIENA, *Se e in quale misura* ecc., pag. 62 e segg.

([2]) DALLOZ, *Répert.*, v. *Traité international*, n. 156; FERAUD-GIRAUD, *op. cit.*, vol. II, pag. 156, 159; FIORE, *Dir. intern. pub.*, vol. II, pag. 342 e seg.; LAGHI, *op. cit.*, n. 317 e segg ; DESPAGNET, *op. cit.*, pag. 492 e seg.; PIÉDELIÈVRE, *op. cit.*, vol. I, n. 356; DIENA, *op. cit.*, pag. 62 e segg., ecc. ecc.: per la giurisprudenza pratica vedi le citazioni in APPERT, pag. 434, e DIENA, pag. 62 nota 1; adde, trib. civ. della Senna 11 aprile 1900 (*Journ.* vol. XXVII, 1900, pag. 616 e seg.), e cassazione Roma 27 luglio 1901 (*Fòro* 1901, I, 1474). Sarebbe lungo rilevare tutte le debolezze e le incongruenze di questa teoria, che del resto sono abbastanza chiaramente dimostrate dalle contraddizioni e dalle incertezze della giurisprudenza che l'ha applicata: basti qui osservare una cosa sola, più che sufficiente però a mostrarne la completa infondatezza. L'interesse protetto dal trattato è sempre e necessariamente un interesse dello stato come subietto dei rapporti internazionali, e quindi un interesse collettivo o pubblico che dir si voglia: infatti, se un trattato mira a tutelare certi interessi individuali (proprietà letteraria, artistica, industriale, esecuzione di sentenze ed atti, libertà di stabilimento e di commercio, e via dicendo), non ha già per oggetto questi interessi singolarmente presi, e neppure la loro somma, ma sibbene un interesse diverso e distinto, quello, cioè, dello stato a ciò che certi interessi o utilità individuali ottengano riconoscimento e protezione: il trattato tutela così un interesse pubblico, e dalla sua esecuzione deriva la tutela d'interessi privati. Non sarebbe punto difficile mostrare che tutte le sentenze, le quali hanno affermato l'incompetenza dell'autorità giudiziaria ad applicare o interpretare un trattato, allegando il motivo che era in gioco un interesse pubblico o politico, sono, sotto un certo riguardo, pienamente fondate. Prendasi, ad esempio, la sentenza, già citata più volte, della cassazione

distinzione, la quale, nel sistema che nega, in massima, la competenza dell'autorità giudiziaria ad applicare i trattati in quanto costituiscono atti politici o di amministrazione, dovè apparire tanto più necessaria, quanto più numerosi ed importanti divennero ai giorni nostri i trattati, che, per natura loro, si richiamano ad una funzione giudiziaria o la presuppongono [1]: si pensi soltanto ai trattati in materia di cittadinanza, a quelli relativi alla proprietà letteraria, artistica ed industriale, o all'esecuzione delle sentenze e degli atti stra-

---

di Roma, 13 dicembre 1900 (*Fòro* 1901, I, 403); il risarcimento di un danno patrimoniale è senza dubbio, per il privato che lo chiede, un interesse particolare; ma chi può dire che erri la corte quando ravvisa nel trattato che riconosce la responsabilità internazionale di uno stato, e l'obbligo di questo di sborsare una data somma destinata ad indennizzare privati ingiustamente lesi, un atto di carattere eminentemente pubblico? (per maggiori schiarimenti su questo punto vedi la mia ***Responsabilità dello stato*** ecc., pag. 130 e seg.). Io non esito quindi ad affermare che questa teoria è infondata nella sua base e assolutamente inidonea a risolvere le questioni pratiche: i diversi interessi che si collegano al trattato, ed a cui questo mira a dare soddisfacimento, trovano la loro tutela in norme giuridiche distinte, anzi diverse fra loro; ed in ciò sta la conciliazione logica e reale dei criteri opposti e contradittori, che questa teoria male ed imperfettamente distingue.

[1] Che, per determinare la competenza o incompetenza dell'autorità giudiziaria, non si debba guardare tanto al carattere generale del trattato, quanto alla natura delle singole disposizioni in esso contenute, come vogliono alcuni scrittori (Fedozzi, ***Sulla competenza dell'autorità giudiziaria circa le convenzioni internazionali,*** nella ***Rivista di diritto internazionale,*** vol. II, Napoli 1899, pag. 224; Diena, ***Se ed in quale misura*** ecc., pag. 64), è criterio, più che suggerito, imposto, a chi accoglie la teoria brevemente enunciata nel testo, da evidenti necessità pratiche e dal contenuto, quasi sempre assai complesso, degli odierni trattati internazionali; ma è inutile ch'io mi fermi ancora a dimostrare come non abbia veruna ragion d'essere di fronte alle idee qui sostenute, uno dei capisaldi delle quali è invece l'intrinseca eguaglianza di tutte le norme contenute nel trattato, qualunque sia il rapporto in cui si possono trovare con gl'interessi dei privati.

nieri, e via dicendo; rispetto ai quali, chi ponga la questione nei termini anzidetti, non può negare la competenza dell'autorità giudiziaria, senza disconoscere in pari tempo il valore stesso ed il significato dei trattati di cui si parla.

Possibilità che il trattato, nonostante la sua natura di atto giuridico internazionale, venga applicato direttamente dall'autorità giudiziaria per la risoluzione di controversie che trovano in esso la norma regolatrice, combinata con un sistema di limiti variamente intesi e determinati, a seconda del modo d'intendere i rapporti fra la giustizia e l'amministrazione nello stato, per via di distinzioni introdotte nella funzione stessa dei tribunali [1] o desunte dall'oggetto e dallo scopo dei trattati; tali, nelle loro linee generali, i concetti fondamentali ed i presupposti delle varie teorie intorno all'argomento che ci occupa. Per me, invece, il trattato internazionale è sostanzialmente ed assolutamente inidoneo a dar vita a pretese giuridiche capaci di esser fatte valere davanti all'autorità giudiziaria interna, e quindi non è *mai* suscettivo di applicazione diretta da parte dei tribunali. Questa inidoneità deriva dalla natura stessa del trattato, e non dal rapporto in cui si trovano, rispetto ad esso, le varie funzioni dello stato. Il trattato crea diritti e doveri degli stati, e soltanto degli stati. Ciò è vero di qualsivoglia trattato, perchè è inerente alla natura stessa di quest'atto giuridico: se un trattato d'alleanza indica chiaramente di per sè che la pretesa giuridica che ne deriva spetta allo stato, a cui favore il patto fu concluso, verso l'altro stato, per ottenerne l'aiuto promesso, non è meno certo, a chi esamini la cosa attentamente, che un trattato relativo alla condizione giuridica dei privati non può avere altro effetto che quello di creare il diritto e il dovere degli stati di otte-

[1] Alludo alla nota teorica, accolta specialmente dalla giurisprudenza del consiglio di stato francese, secondo la quale l'autorità giudiziaria può esser competente in certi casi ad applicare i trattati, non però ad interpretarli: vedi, in proposito, specialmente LAFERRIÈRE, *op. cit.*, vol. II, pag. 49 e segg., e le citazioni in APPERT, *art. cit.*, pag. 442 e segg.

nere e rispettivamente concedere ai privati in discorso la condizione giuridica promessa; ma questa deriva poi dalla volontà dello stato che la concede, e solo indirettamente si può considerare come un effetto del trattato. Inutile, quindi, ogni discussione sulla natura giuridica dell' atto di sovranità che si estrinseca nel trattato; inutile la distinzione, comunque posta ed applicata, fra trattati relativi ad interessi individuali e trattati relativi ad interessi pubblici: l' impossibilità che controversie direttamente fondate nei trattati vengano sottoposte agli organi giudiziari interni è assoluta e costante, perchè insita nella natura stessa del trattato internazionale.

Ciò non vuol dire che la questione della competenza dell' autorità giudiziaria ad interpretare ed applicare i trattati non abbia ragion d'essere, e che sieno inutili o infondate le numerose controversie e discussioni che ha sollevato. Tutt' altro, poichè vedremo invece che non soltanto la questione sussiste ed ha un' importanza pratica e scientifica considerevolissima, ma altresì che le varie opinioni prevalse nella dottrina e nella giurisprudenza dei diversi paesi rappresentano quasi sempre l'applicazione al caso nostro dei criteri generali, che realmente debbono informarne la soluzione. Il problema sorge però in un campo diverso e più ristretto di quello in cui per solito vien discusso: esso, infatti, può sorgere soltanto in quei casi, nei quali l'applicazione del trattato occorre per risolvere una questione pregiudiziale o incidentale connessa con una controversia regolata dal diritto interno. In questi casi, ma in questi soltanto, i tribunali interni possono trovarsi nell'occasione di applicare i trattati internazionali; ed allora hanno ragione e significato le varie discussioni accennate sopra. Di ciò in seguito; ora si tratta soltanto di dimostrare che le azioni giudiziarie apparentemente fondate sui trattati internazionali sono invece fondate sopra norme giuridiche interne emanate in occasione del trattato. Questa dimostrazione servirà nello stesso tempo a ridurre ne' suoi giusti limiti ed a chiarire il significato della vera e propria questione della competenza dell' autorità giudiziaria ad interpretare ed applicare i trattati, perchè si elimineranno dalla controversia

tutti quei casi, e sono i più gravi e frequenti, nei quali l'applicazione del trattato è soltanto apparente, perchè si tratta invece dell'applicazione di un diritto interno corrispondente ad un diritto o ad un dovere internazionale dello stato, derivante dal trattato.

L'opinione, la quale ritiene che i tribunali interni risolvano controversie direttamente regolate dai trattati internazionali, ha per sua premessa e caposaldo il principio che il trattato, debitamente pubblicato, ha nello stato valore e forza di legge [1]. Trattasi adunque, anzitutto, di esaminare il valore razionale di questo principio, e qualora ci risulti infondato sostituirgli quelli che ci verranno suggeriti dall'analisi dei fatti e dall'apprezzamento critico delle dottrine. E questo appunto io mi propongo ora di fare. In ultima analisi, il contrasto fra le idee comunemente accolte e quelle che verrò esponendo si rivela forse più nelle premesse scientifiche della questione, che nelle conclusioni; ma parmi della massima importanza porre bene in chiaro i termini esatti del problema, perchè in pochi, e forse in nessun altro punto della scienza nostra, i concetti fondamentali sono ancora così confusamente inesatti, come in questo del quale mi accingo a parlare.

---

[1] Vedansi ad esempio: APPERT, *art. cit.*, pag. 446 e segg.; SAREDO, *art. cit.*, pag. 396; FIORE, *Dir. intern. pub.*, vol. II, n. 1077; DIENA, *Se e in quale misura* ecc., pag. 63; DESPAGNET, *op. cit.*, pag. 492-93; DE PAEPE, *Études sur la compétence civile à l'égard des états étrangers* ecc., Bruxelles-Paris 1894, pag. 291; v. BAR, *op. cit.*, vol. I, pag. 144 e segg.; HAUS, *Cours de droit criminel*, 3ª ed., Gand 1864, n. 496, ecc. Questi scrittori collegano esplicitamente la competenza dell'autorità giudiziaria ad applicare i trattati col loro preteso carattere di leggi; e però sono qui ricordati in modo particolare. Ma il concetto che il trattato internazionale assuma nell'interno degli stati contraenti carattere e valore di legge è ammesso quasi universalmente; una enumerazione degli scrittori che l'accolgono, desumendone or l'una or l'altra conseguenza, sarebbe troppo lunga e forse inutile allo scopo nostro, tanto più che ad alcuni avrò occasione di accennare nelle note seguenti.

Il concetto che il trattato internazionale abbia, nell'interno degli stati contraenti, il carattere ed il valore di una legge, è, in questi termini almeno, tanto inammissibile, quanto generalmente accettato e ripetuto. Infatti, la volontà che dà vita al trattato è, per necessità di cose, una volontà inidonea a creare norme di diritto interno, perchè è rivolta a tutt'altro scopo che a rivolgere comandi o divieti ai sottoposti. Se il trattato è un atto giuridico internazionale, che ha per scopo e per effetto di porre in essere relazioni giuridiche fra gli stati, o di far loro acquistare reciproci diritti e doveri, è ben certo che la volontà da cui nasce dev'essere rivolta a stabilire quel dato rapporto, ad acquistare quei dati diritti, ad imporsi quei dati obblighi; questo, e non altro, può essere il contenuto della volontà statuale che si manifesta in un trattato (1). È quindi impossibile che ne derivino norme di diritto interno; ed è impossibile tanto se guardiamo al complesso delle dichiarazioni di volontà, che insieme dànno vita al trattato, quanto se guardiamo a ciascuna di queste dichiarazioni isolatamente presa: in ambedue i casi, infatti, manca il momento essenziale della formazione di norme giuridiche interne per opera dello stato, manca, cioè, una volontà diretta ad impartire autoritativamente comandi o divieti a persone che sono o si considerano sottoposte alla potestà di chi emana quelle norme. Si può riguardare, pertanto, come un principio superiore ad ogni discussione questo: che il trattato e la legge presuppongono due atti di volontà dello stato sempre e necessariamente distinti fra loro; l'uno non può immedesimarsi nell'altro e tanto meno sostituirlo, perchè sono addirittura eterogenei ed incommensurabili (2).

---

(1) Confr. le esaurienti osservazioni di LABAND, *op. cit.*, vol. II, pag. 115 e segg.; MAYER O., *op. cit.*, vol. II, Leipzig 1896, pag. 459; TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 115 e segg.

(2) LABAND, *op. cit.*, vol. II, pag. 115: « *Von einem Gesetz und einer Verordnung unterscheidet sich ein Staatsvertrag auf den ersten Blick dadurch, dass das Gesetz, sowie die Verordnung, ein Befehl ist, den die Staatsgewalt an ihre Unterthanen erlässt, dass der Staatsvertrag dagegen ein Versprechen ist, welches einem gleichberechtigten Kontrahenten ertheilt wird* ».

La necessaria distinzione fra l' atto di volontà con cui lo stato partecipa alla formazione del trattato e quello con cui crea le regole di diritto interno, acquista la maggiore importanza rispetto a quei trattati, che hanno l' effetto di obbligare lo stato all' emanazione di norme giuridiche. Che a questo scopo non basti la manifestazione di volontà avvenuta nella conclusione del trattato, ma occorra un altro speciale atto di volontà dello stato diretto a quel fine, è oggi ammesso, esplicitamente o no, da quasi tutti gli scrittori; ma il più delle volte non è poi apprezzata rettamente la natura giuridica e l' effetto di questo ulteriore atto di volontà dello stato. In armonia con le disposizioni del diritto positivo e con la pratica di quasi tutti i paesi, si suol considerare la pubblicazione del trattato come l' atto col quale lo stato manifesta la sua volontà di farlo osservare ed applicare da chi di ragione (1);

---

(1) E. Meier, *op. cit.*, pag. 329 e seg.; v. Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, 3ª ed., Leipzig 1880, pag. 176; Blumer-Morel, *op. cit.*, vol. II, 2, pag. 350 e segg.; G. Meyer, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 4ª ed., Leipzig 1895, pag. 187; Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, Freiburg 1887, pag. 361 e seg.; Pröbst, *Die Lehre vom Abschlusse völkerrechtlicher Verträge*, in *Annalen des Deutschen Reichs*, 1882, pag. 265; Tezner, *Zur Lehre von der Giltigkeit der Staatsverträge*, nella *Zeitsch.* del Grünhut, vol. XX, 1892, pag. 141 e segg.; Fiore, *Dir. intern. pub.*, vol. II, nn. 1037 e 1077; Rivier, *Principes*, vol. II, pag. 86 e segg.; Ullmann, *op. cit.*, pag. 154; ecc. E si badi altresì che, prescindendo dai più recenti scrittori, specialmente tedeschi, i quali hanno chiaramente affermato e dimostrato l'impossibilità che un dovere dei privati di osservare il trattato derivi altro che dal *comando* dello stato, non è ben chiaro nei più se la forza obbligatoria del trattato per i privati sia un effetto della pubblicazione, o preesista ad essa, di guisa che la pubblicazione abbia soltanto lo scopo di *portare a conoscenza* degli interessati la regola che devono osservare. È certo però che la critica più elementare basta a dimostrar l'infondatezza di quest'opinione: da che deriverebbe, infatti, la forza obbligatoria del trattato per i privati? forse da ciò, che le obbligazioni dello stato sono obbligazioni dei cittadini? ma questo distruggerebbe la personalità internazionale dello stato, essendo incon-

e si dice, infatti, che con la pubblicazione lo stato attribuisce efficacia al trattato nei rapporti interiori, ne fa un elemento del diritto interno, gli dà valore di legge, lo rende obbligatorio per i cittadini ed i funzionari, e via dicendo. La pubblicazione, pertanto, aggiungerebbe al trattato qualche cosa che prima gli mancava, il carattere dell' obbligatorietà di fronte ai privati ed agli organi dello stato, di guisa che lo stesso ente giuridico sarebbe un trattato nei rapporti internazionali ed una legge nei rapporti interni.

Ma un' osservazione più attenta ci dimostra che anche quest' opinione riposa sopra una base inesatta od erronea. Infatti, il trattato, come tale, è assolutamente inidoneo ad acquistar forza di legge, a diventare un elemento del diritto interno, ad obbligare i privati, e via dicendo. Un trattato resta sempre un trattato, ossia un atto giuridico internazionale, che crea diritti e doveri per gli stati, e soltanto per gli stati. Poco importa che esso sia o no pubblicato, perchè il fatto della pubblicazione non può certamente fargli cambiar natura; e non soltanto non lo può, si noti bene, il fatto materiale della inserzione negli atti ufficiali, ma non lo può

---

ciliabile col principio che i doveri della persona giuridica non son doveri dei singoli che la compongono. Il concetto che il trattato internazionale obbliga direttamente i cittadini degli stati contraenti trovasi, ad esempio, in Carnazza Amari, *Trattato sul diritto internazionale pubblico di pace,* 2ª ed., Milano 1875, pag. 745; Laghi, *op. cit.,* pag. 12; Leoni, *Ein Beitrag zu der Lehre von der Giltigkeit der Staatsverträge,* nell'*Archiv f. öff. Recht*, vol. I, pag. 506: talvolta, però, si tratta semplicemente di un' espressione impropria, dovuta più che altro a quella mancanza di chiarezza e di precisione d' idee, che contraddistingue le trattazioni scientifiche di quest' argomento; così, ad esempio, in Stoerk, *Staatsverträge,* nel *Wörterbuch* del v. Stengel, cit. sopra, pag. 526 (confr. infatti pag. 527), e in Blumer-Morel, *op. cit.*, III, 2, pag. 357 (confr. infatti pag. 380). Vedasi anche la motivazione di una sentenza della cass. di Roma 16 gennaio 1892 (*Fòro* 1892, II, 153), che arriva ad una conclusione indubbiamente giusta con un ragionamento altrettanto sbagliato e contraditorio sulla natura e l' effetto del trattato internazionale.

neanche la volontà dello stato, che sta dietro, per così dire, a quel fatto e lo determina, perchè non vi è volontà capace di far sì che una cosa non sia quella che è, o sia contemporaneamente anche una cosa tutta diversa.

La volontà dello stato, manifestata con la pubblicazione del trattato, deve dunque avere un altro contenuto, che si nasconde sotto il velame di quelle improprie espressioni: è diretta bensì ad assicurare l'effetto del trattato e dargli valore pratico, ma a questo scopo non si rivolge già col volere l'impossibile, ossia col voler dare al trattato una natura ed un'efficacia che non può avere, sibbene col porre in essere le norme giuridiche richieste dal trattato e necessarie per la sua esecuzione. Questo, e non altro che questo, può essere il contenuto della volontà dello stato, che si manifesta col fatto della pubblicazione [1]. Nessuna aggiunta al trattato, che è già di per sè stesso completo e perfetto, ma un fatto interamente nuovo e di per sè stante, sebbene voluto o determinato dal dovere internazionale dello stato; la creazione delle norme giuridiche indispensabili all'adempimento di questo dovere. Invece di ordinare l'esecuzione del trattato, frase inesatta anche questa perchè gli obblighi risultanti da un trattato non possono essere adempiuti se non da chi ne è il subietto [2],

---

[1] Concorda sostanzialmente Triepel, *op. cit.*, pag. 119 e segg. È superfluo avvertire che la pubblicazione non ha *soltanto* lo scopo e l'effetto di cui si parla nel testo, ma *anche* quello: naturalmente non è atto creativo di norme giuridiche allorchè cade su trattati internazionali, che non offrono occasione nè modo all'emanazione di un diritto interno corrispondente. Di altri effetti giuridici della pubblicazione si parlerà nell'ultimo capitolo.

[2] La teoria dell'*ordine di esecuzione del trattato (Befolgungsbefehl)* è stata svolta dai pubblicisti tedeschi recenti; vedansi in special modo: Laband, *op.. cit,* vol. II, pag. 116 e segg., specialm. 118-119, 146; Seligmann, *Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag.* II, *Abschluss und Wirksamkeit der Staatsverträge*, Freiburg i. B. 1890, pag. 7 e segg.; Jellinek, *Recht. Nat. der Staatenverträge*, pag. 55 e seg., *Gesetz u. Verordnung*, pag. 361, *System*, pag. 312; Heilborn, *op. cit.*,

è lo stato medesimo che l'eseguisce, o, per dir meglio, che comincia ad eseguirlo, compiendo un atto, forse il principale, di questa esecuzione (1).

---

pag. 71; ULLMANN, *op. cit.*, pag. 154; ZORN, *op. cit.*, vol. I, pag. 499 nota 6; ecc. Essa ha il merito grandissimo di aver posto in chiaro la natura e l'effetto del trattato internazionale, che crea diritti e doveri per gli stati come tali, e non mai per gl'individui; ma è erronea, o forse per dir meglio incompleta, nel modo d'intendere il valore giuridico dell'ordine di esecuzione. Se il trattato esprime soltanto diritti e doveri dello stato verso altri stati, non è logicamente concepibile che si ordini ai privati di osservarne le disposizioni. L'opinione antica, in altri termini, conteneva un duplice errore, perchè: *a*) attribuiva al trattato la virtù di obbligare direttamente i cittadini; e perchè: *b*) non distingueva il contenuto di un diritto o di un dovere internazionale dal contenuto dei diritti o doveri individuali che ne derivano. La teoria dell'ordine di esecuzione pose egregiamente in chiaro e corresse il primo errore, ma non si avvide o non si curò del secondo, e ritenne che le disposizioni contenute in un trattato fossero, ***quanto al loro contenuto,*** idonee ad essere osservate dai privati, e soltanto mancasse loro il valore *formale* di norme obbligatorie della condotta individuale; carattere che acquistavano in virtù di un comando dello stato. Invece è certo, a chi ben guardi, che il contenuto del trattato è necessariamente diverso da quello delle regole interne corrispondenti: lo stato non può quindi limitarsi ad ordinarne l'esecuzione e l'osservanza, chè ciò invero equivarrebbe a ordinare l'impossibile, ma deve di necessità emanare norme, il cui contenuto esprima una facoltà o un obbligo degli individui. Mi limito qui ad accennare la questione per quanto riguarda i privati: se sia necessario e qual valore abbia l'ordine di esecuzione riguardo agli organi dello stato, è una questione alquanto diversa, che sarà, in parte, esaminata altrove (vedi cap. seguente).

(1) Che la pubblicazione del trattato sia un *atto di esecuzione* lo ammettono, del resto, anche scrittori, i quali considerano, in pari tempo, la pubblicazione come l'ordine che emana lo stato di osservare le disposizioni del trattato stesso. Così, ad es., ULLMANN, *op. cit.*, pag. 154: « ***Sohin gehört auch die Publikation des Staatsvertrages zur Ausführung des Vertrages, denn erst durch die Publikation kann der Normeninhalt des Vertrages für die Gesetzesunterthanen***

L'opinione che abbiamo combattuta risponde meglio, in apparenza, al fatto, quale si manifesta nella pratica di quasi tutti i paesi (1), dove l'emanazione delle norme giuridiche imposte dal trattato avviene mediante la pubblicazione del testo medesimo del trattato. Ma se è vero che il trattato internazionale e la norma giuridica interna hanno natura essenzialmente diversa, e presuppongono due atti di volontà dello stato nettamente distinti fra loro ed irriducibili, la forma esteriore onde l'uno o l'altro atto si manifesta non può aver mai tanta forza da distruggere quell'intrinseca e sostanziale differenza (2). Ed infatti il procedimento ordinariamente adot-

---

verpflichtende Wirkung erlangen ». F. de Martens, *Traité*, vol. I, pag. 547: « *Le défaut de publication peut être considéré comme un défaut d'exécution. Par conséquent, les parties contractantes liées par un traité sont en droit d'exiger les unes des autres qu'elles le portent à la connaissance de toutes les personnes qui seront obligées de contribuer à son exécution* ». La differenza fra questa opinione e quella da me sostenuta sta in ciò, che per gli scrittori testè citati, e per altri che concordano con essi, lo stato eseguisce il trattato *ordinandone l'osservanza*, mentre per me lo eseguisce *emanando le norme volute dal trattato*.

(1) E. Meier, *Abschluss von Staatsverträgen*, pag. 329 e segg.; Laband, *op. cit.*, vol. II, pag. 118 e segg.

(2) Anche l'assoluta mancanza di distinzione *estrinseca* fra i due atti di volontà non impedirebbe, per le ragioni esposte nel testo, che le norme vigenti nello stato abbiano un contenuto diverso dal trattato, e che riposino sempre, almeno indirettamente, sopra un fondamento giuridico distinto. Valga, come esempio, la disposizione dell'art. VI, § 2, della costituzione federale nord-americana: « *This constitution and the laws of the United States, which shall be made in pursuance thereof, and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, any thing in the constitution or laws of any state to the contrary notwithstanding* ». Due opinioni si contrastano il campo intorno al significato di quest'articolo: alcuni, e sono i più, ritengono che in forza di esso il presidente ed il senato, cui spetta il potere di fare i trattati (art. II,

tato è, in sostanza, uno di quei casi di rinvio apparente dal diritto interno al diritto internazionale, di cui abbiamo parlato,

---

sect. 2, § 2), possano per tal via creare principî di diritto interno che la camera dei rappresentanti non è libera di non riconoscere, e rispetto ai quali, perciò, il di lei concorso o non sussiste o si riduce ad una mèra formalità; altri, invece, pensano che l'articolo riguardi soltanto il rapporto di preminenza delle leggi e dei trattati federali in confronto alle leggi dei singoli stati e stia, nel suo complesso, a significare che non solo la costituzione e le leggi dell'unione, ma anche i trattati da questa conclusi, costituiscono la suprema legge dello stato federale, ossia precedono e dominano ogni disposizione particolare dei vari stati: vedi in proposito E. MEIER, *op. cit.*, pag. 196 e segg. Non debbo nè voglio entrare in questa grave controversia: ma si accetti pure la prima interpretazione, per la quale sembra che il trattato, validamente concluso, abbia *ipso iure* carattere di legge dello stato; non ne deriva già che trattato e legge sieno la medesima cosa, ma soltanto che l'atto emanativo delle norme giuridiche interne si compie insieme con l'atto giuridico internazionale. Il primo, infatti, avrebbe il suo fondamento nella legge preesistente, ossia nella volontà dello stato, che avrebbe ammesso, una volta per tutte, l'azione del trattato modificatrice del diritto vigente, invece di far derivare questo effetto da atti susseguenti ad ogni trattato singolarmente preso. Non i trattati avrebbero insieme carattere di leggi, ma ad una dichiarazione di volontà, diretta ad uno scopo che non è la creazione di norme giuridiche, si sarebbe attribuito, una volta per tutte, l'effetto di determinare altresì il sorgere delle norme giuridiche interne corrispondenti al contenuto di quella volontà, o necessarie per tradurlo in atto. Tutto ciò, del resto, più in via d'ipotesi che altro, perchè, nel fatto, anche il diritto nord-americano non manca di distinguere il trattato come atto giuridico internazionale dal cosiddetto *valore interno* del trattato, sia richiedendo, in alcuni casi, il concorso ulteriore di altri organi dello stato (WHARTON, *Commentaries*, pag. 583 e segg., *Digest*, vol. II, pag. 27), sia col ritenere formalità indispensabile la *proclamazione* del trattato da parte del presidente (TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 146), sia, infine, col distinguere la data iniziale del valore giuridico del trattato, che è quella della *conclusione* nei rapporti internazionali (effetto retroattivo della ratifica), quella della *ratifica* nei rapporti interni (WHARTON, *Digest*, vol. II, pag. 28, ed i casi *Haver* v. *Yaker, United States* v. *Arredondo* ivi citati).

che, in realtà, hanno lo scopo e l'effetto di dar vita alle norme giuridiche volute o permesse, in quel caso, dal diritto internazionale. Invece di emanare le norme giuridiche volute dal trattato o necessarie per la sua esecuzione, lo stato rinvia al trattato medesimo; ma, in realtà, poichè il trattato non può in verun caso servire di norma a rapporti affatto diversi da quelli fra gli stati ai quali si riferisce, emana con questo rinvio quelle norme che il trattato richiede ed il cui contenuto, del resto, è già determinato dal trattato stesso. Ed è un procedimento che trova la sua spiegazione in ragioni prevalentemente pratiche [1], soprattutto nel desiderio degli stati di evitare il pericolo che le norme emanate in esecuzione del trattato non si trovino con questo in piena e perfetta corrispondenza. In altre parole, quel procedimento mira a sottrarre gli stati ad una parte della responsabilità che possono incontrare nell'esecuzione degli obblighi assunti; e da questo punto di vista si può ben dire che l'utilità pratica ne è evidente, specialmente se pensiamo ai delicati e complessi congegni, attraverso i quali si formano oggi le regole giuridiche nell'interno degli stati, e che, per necessità di cose, renderebbero tanto più incerta e difficile l'esatta corrispondenza della volontà estrinsecata in queste norme con quella che nel trattato ne affermò il dovere ed il contenuto, ed altrettanto più facili e frequenti i motivi, o i pretesti, di contestazioni e reclami da parte dei governi interessati. La qual cosa non vuol dire che, accanto a questi vantaggi, il sistema non presenti inconvenienti gravissimi; principale questo, che, nè il trattato, nè le norme giuridiche interne hanno o possono avere la forma chiara ed esatta rispondente alla natura propria di ciascuno: il trattato viene redatto in guisa che le sue disposizioni possano assumere anche la forma di una legge, e questa risente sempre dell'influenza esercitata sulla forma dalla natura speciale e ben diversa del trattato [2].

---

[1] Confr. LABAND, *op. cit.*, vol. II, pag. 118 e segg.
[2] Confr. TRIEPEL, *op. cit.*, pag 21 e seg.

Comunque, però, quel modo di emanazione delle norme giuridiche interne volute dal trattato non è certamente necessario. Niuno, io credo, vorrebbe sostenere che violasse i suoi impegni internazionali uno stato, il quale, invece di pubblicare il testo del trattato, emanasse una legge ad esso corrispondente [1]. E ciò prova ancora una volta che la forma del procedimento adottato dagli stati in questa materia non muta la natura giuridica o l'effetto dell'atto di cui si parla, che è sempre e soltanto l'emanazione delle norme giuridiche volute dal trattato.

Ma se le considerazioni precedenti non sono infondate, è ormai lecito a chi le espose concludere, che i trattati internazionali non sono mai leggi, nè mai hanno nello stato valore di leggi: sono semplicemente l'occasione alla emanazione di leggi, o meglio di norme giuridiche, le quali però se ne distinguono nettamente, come ogni altra specie di diritto interno voluto dal diritto internazionale si distingue da questo. Nell'ordine dei principî giuridici la distinzione non è meno certa e necessaria, se anche nei fatti apparisce più difficile coglierne il momento essenziale. Ed è una distinzione così fondamentale, e feconda di tante e sì importanti conseguenze, che non è chi non veda come ne risulti interamente modificato il valore delle molteplici opinioni discusse o discutibili intorno a questo grave argomento. A me basta accennare un punto soltanto; ed è che

---

[1] In questo senso, salvo alcune differenze derivanti dal diverso apprezzamento del valore della pubblicazione dei trattati, LABAND, *op. cit.*, vol. II, pag. 118.; ed ivi nella nota 1 vari esempi desunti dalla legislazione germanica: vedi anche HEILBORN, *Der Staatsvertrag als Staatsgesetz*, in *Arch. f. öff. Recht*, vol. XII, pag. 144 e segg. L'opinione di alcuni scrittori (ad es. MARTENS, *Traité*, vol. I, pag. 547, RIVIER, *Principes*, vol. II, pag. 87, OLIVI, *op. cit.*, pag. 378 e seg., ecc.) che, salvo il caso di trattati o di articoli segreti, ritengono obbligatoria la pubblicazione del testo medesimo dei trattati, si spiega col concetto che essi hanno del trattato e della sua forza obbligatoria; in realtà è giusta solo in quanto significa che lo stato è internazionalmente tenuto ad emanare le norme e le disposizioni volute dal trattato o necessarie per la sua esecuzione.

le azioni giudiziarie, apparentemente fondate sui trattati internazionali, sono in realtà fondate su norme giuridiche interne emanate in esecuzione del trattato: onde, anche in questo caso particolare, si riscontra vero ed esatto il principio generale, che i tribunali interni non applicano mai direttamente il diritto internazionale [1].

Se le norme giuridiche nascenti dai diritti o dai doveri internazionali dello stato si distinguono costantemente dalle norme giuridiche internazionali per ciò che, dal lato formale, esse rappresentano soltanto la manifestazione della volontà dello stato, manifestazione sempre e necessariamente diversa da quella con cui lo stato medesimo concorre a dar vita a relazioni di diritto internazionale, e, dal lato materiale, regolano un ordine di rapporti soggetti, per natura loro, all'autorità dello stato; le norme che non sono nè imposte nè permesse da un dovere o da un diritto dello stato verso altri stati, e che pur tuttavia hanno

---

[1] La distinzione mette capo altresì ad un complesso di problemi, tanto importanti e difficili quanto di solito trascurati. Non in tutti i casi la pubblicazione di un trattato importa emanazione di norme giuridiche: quando può dirsi che ciò accada? e di qual natura sono le norme giuridiche così emanate? si deve presumere che la pubblicazione importi l'emanazione di *tutte* le norme corrispondenti al contenuto materiale del trattato? e così di seguito. Ora la soluzione di siffatte questioni, come pure la soluzione di quasi tutte le controversie che hanno il loro fondamento in una norma emanata in conseguenza di un trattato, importa l'interpretazione ed applicazione giudiziale del trattato come atto giuridico internazionale, perchè è quasi impossibile determinare il valore di una norma che è, o si ritiene, emanata in conseguenza di un rapporto giuridico internazionale, senza risalire a questo stesso rapporto, al suo significato ed effetto. Ma è ovvio osservare che in tutti questi casi il trattato non viene applicato per risolvere la controversia di cui è investita l'autorità giudiziaria, ma sibbene questioni pregiudiziali ed incidentali che vi sono connesse. Si rientra così nei limiti del criterio direttivo del nostro studio; e, sotto questo punto di vista, la questione è studiata infatti nei capitoli seguenti.

un significato, spesso grandissimo, di fronte all'ordine giuridico internazionale per la materia regolata, presentano questo di caratteristico, che, cioè, risolvono questioni interessanti i rapporti fra gli stati, nelle quali però la libertà di ciascuno di essi non incontra veri limiti giuridici, di guisa che queste norme si può dire sostituiscano un diritto internazionale non ancora, o non compiutamente, formato. Dal lato formale, il criterio di distinzione è naturalmente il medesimo: anche queste norme valgono puramente e semplicemente in quanto sono la manifestazione della volontà dello stato che le emana. Ma dal punto di vista sostanziale la cosa è un po' diversa, perchè talora i rapporti che regolano sono soggetti all'autorità dello stato non per la loro natura, che anzi li farebbe rientrare nel campo regolato dalle norme giuridiche internazionali, sibbene perchè, ed unicamente perchè, mancano principî di diritto internazionale relativi a quella materia. In lato senso non vi è dubbio che anche queste materie si possano dire soggette all'autorità dello stato, chè altrimenti l'esistenza e la funzione delle leggi di cui parliamo sarebbero inesplicabili; ma, mentre nei casi studiati prima la soggezione deriva dalla natura stessa dei rapporti regolati, e si può considerare perciò come una forma normale di relazioni fra il diritto interno ed il diritto internazionale, quì la natura dei rapporti condurrebbe invece ad altre conclusioni, ed il fenomeno, in sè considerato, ha qualche cosa di anormale e di transitorio.

Il campo di queste leggi è molto vasto, ed io non potrei, nonchè percorrerlo, neppur tentare di sfiorarlo, senza cadere in divagazioni inutili al tema che mi sono proposto: mi si permetta invece, onde darne succintamente un'idea che valga a chiarire la posizione del giudice anche di fronte a questa classe di norme, che, riprendendo per un momento un ordine prediletto di studi, cerchi di riassumere in poche parole quello che si può con ogni ragione chiamare il *problema del diritto internazionale privato.*

Problema davvero, perchè non so qual'altra parte del diritto sia più di questa incerta di sè e dell'essere suo. Contrastato fra concezioni scientifiche profondamente diverse,

reclamato e respinto, a volta a volta, dall' una e dall' altra delle scienze giuridiche, il diritto internazionale privato vede posta in questione la sua stessa possibilità e legittimità scientifica: è una vera e propria crisi, i cui effetti si fanno sinistramente sentire sulla giurisprudenza pratica [1], che ogni giorno più manifesta il bisogno di una dottrina sicura, capace di aiutarla nelle ardue difficoltà che è chiamata a risolvere in questo campo. Essendomi impossibile riassumere qui, neppure a larghi tratti, lo stato del pensiero scientifico, ed apprezzare le molteplici maniere onde viene inteso e svolto il diritto internazionale privato, mi limito ad indicare quali sono, a mio giudizio, i termini del problema, e per quale via se ne deve tentare la retta soluzione.

L' esame approfondito e rigoroso dell' indole speciale delle questioni che il diritto internazionale privato si propone di risolvere, dimostra, secondo me in modo esauriente, l' intrinseca verità di un concetto, che, implicito già nel modo onde la teoria tradizionale caratterizzava questa materia chiamandola

---

[1] Le prove s' incontrano quasi ad ogni passo: chi ha qualche famigliarità con la giurisprudenza in materia di diritto internazionale privato sa bene, ad esempio, quante volte le sentenze sieno viziate dalla intromissione di inutili considerazioni intorno a principî di diritto internazionale, o pretesi tali, che offuscano, quando non tolgono affatto, la chiara visione della difficoltà da risolvere, ed impediscono l'esatta interpretazione della norma giuridica interna da applicare. Cito, come esempio tipico, le discussioni cui ha dato luogo, nella nostra giurisprudenza, la clausola finale dell' art. 8 titolo preliminare al cod. civ. ital.: vedi in proposito i miei ***Studi critici di diritto internazionale privato***, pag. 242 e segg., e Fedozzi, v. ***Successione*** (***diritto internazionale***) nel ***Digesto italiano***, n. 35. Sulle difficoltà create alla giurisprudenza pratica dallo stato attuale della dottrina in materia di diritto internazionale privato, e soprattutto dall' incertezza che domina intorno al modo di concepire e svolgere questo ramo della scienza giuridica, insiste energicamente il Niemeyer, ***Zur Methodik des internationalen Privatrechtes***, Leipzig 1894, passim. e specialm. pag. 34 e segg.

una *dottrina del conflitto delle leggi* ([1]), affermato più esplicitamente, sebbene vagamente, da alcuni scrittori del

---

([1]) Sulla sostanziale verità di questo concetto vedi i miei *Studi critici*, pag. 120 e seg.; confr. Asser-Rivier, *Éléments de droit international privé*, Paris 1884, pag. 4, nota 1, e Lainé, *Introduction au droit international privé*, vol. I, Paris 1888, pag. 9. Dimostrata la insussistenza dell'obiezione che nega il conflitto fra le leggi, riducendolo ad un conflitto fra i diritti subiettivi di diversi individui (Gabba, *Questioni di diritto civile*, Torino 1885, pag. 197; confr. i miei *Studi critici*, pag. 121, nota 1); eliminate, o meglio chiarite, le difficoltà derivanti dall'idea che si connette alla parola *conflitto*, presa in senso troppo ristretto; resta soltanto da conciliare questo concetto tradizionale col contenuto della scienza, in quella parte che si riferisce alla condizione giuridica dello straniero. Che il diritto internazionale privato non possa concepirsi come un *diritto dello straniero*, e tanto meno come un *diritto regolatore dei rapporti fra individui appartenenti a stati diversi*, fu ormai così esaurientemente dimostrato da non doverci in alcun modo tornar su: si deve anzi ammettere col Niemeyer (*Positives internationales Privatrecht*. I: *Das in Deutschland geltende internationale Privatrecht*, Leipzig 1894, § 47), col Holtzendorff (*Einleit. in d. Völkerr.*, pag. 54 e segg., 58 nota 5), con lo Zitelmann (*Intern. Privatrecht*, I, pag. 256 e segg.), col Kahn (*op. cit.*, pag. 11 e segg.) ecc., che le due materie hanno un contenuto essenzialmente diverso. Ciò, per altro, non impedisce di riconoscere che in un ordinamento sistematico autonomo del diritto internazionale privato l'argomento della condizione giuridica dello straniero trova il suo posto fra le premesse del sistema, in quanto il riconoscimento di una capacità giuridica degli stranieri può considerarsi come uno dei presupposti di quelle relazioni di fatto, che danno origine ai conflitti di legge. (Confr. Anzilotti, *Un programma d'insegnamento del diritto internazionale privato*, nell'*Unione universitaria*, anno III, n. 1-2, pag. 8 e seg. dell'estratto). Astrattamente parlando, si può forse dire, come fa il Kahn (pag. 13), che le norme sul conflitto delle leggi hanno ragion d'essere indipendentemente affatto dal concedere o no agli stranieri una capacità giuridica; ma nel fatto, e la storia intera lo dimostra, la cosa procede ben diversamente: ciò basta per giustificare il rapporto fra le due materie dal punto di vista accennato sopra, che non pregiudica affatto la esattezza del concetto tradizionale.

secolo decimottavo, come lo HUBER (1) ed il BOULLENOIS (2), si diffuse con rapida fortuna nei nuovi indirizzi e nelle principali scuole che si formarono sul continente europeo durante il secolo scorso (3), diventandone in certo modo la nota predominante o il tratto caratteristico, contro il quale, infatti, si è rivolta più di proposito la critica recente, che, per voler epurare le opinioni prevalenti da malsani abiti intellettuali e da ingiustificate o antipositive tendenze, non sempre ha saputo, nella foga improvvida delle demolizioni, discernere ciò che vi era in esse, e nella loro forma e nel loro contenuto, di veramente saldo, duraturo e vitale (4). Mi riferisco al concetto ed alla dottrina che considera le questioni studiate dal diritto internazionale privato come attinenti al diritto internazionale prima e meglio che al diritto interno (5). E

---

(1) H. HUBER, *De conflictu legum diversarum in diversis imperiis* (nelle *Praelectiones iuris romani et hodierni*, parte 2ª, lib. 1°, tit. 3, ed. Francofurti 1749) n. 1; e si noti come in questo passo è chiaramente indicato il rapporto fra il concetto di *conflitto delle leggi* e la derivazione della materia dal diritto delle genti.

(2) L BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des loix, coûtumes ou statuts par forme d'observations*, Paris 1776, prefazione, specialm. a pag. XXVIII.

(3) Anche di recente il MARCUSEN designava la concezione internazionalistica (*sit venia verbo*) del diritto internazionale privato come un carattere della scuola latina (*Innerstaatliches und überstaatliches internationales Privatrecht*, nella *Zeitschrift für internationales Privat-und Strafrecht* del BÖHM, vol. X, pag. 257): per la parte che ha avuto questo concetto nello svolgimento delle dottrine germaniche dal SAVIGNY al v. BAR, vedansi i miei *Studi critici* già citati più volte, specialmente il primo: *Una pagina di storia della codificazione civile in Germania*, passim.

(4) Per l'esposizione di queste critiche e per il loro apprezzamento rinvio, al solito, agli *Studi critici*, pag. 17 e segg. Delle nuove manifestazioni e tendenze dell'indirizzo positivo e critico in Germania darò un cenno nelle note seguenti.

(5) Fra i moltissimi che, non senza differenze notevoli anche nei criteri fondamentali, aderiscono a questo modo d'intendere il diritto

delle questioni considerate in sè stesse, nella loro natura, scrutate negli elementi che le compongono, all'infuori di

---

internazionale privato, rammento in particolare: MANCINI, *Rapport à l'Institut de droit international sur les règles pour assurer etc.*, nel *Bulletin de l'Institut de droit international,* 1875, pag. 4 e segg., 27; FIORE, *Diritto internazionale privato,* vol. I, 3ª ed., Torino 1888, cap. 1°; CATELLANI, *Il diritto internazionale privato ed i suoi recenti progressi,* vol. I, 2ª ed., Torino 1895, cap. 2°; LAURENT, *Le droit civil international,* Bruxelles-Paris 1880-82, vol. I, n. 1 e segg.; WEISS, *Traité élémentaire de droit international privé,* 2ª ed., Paris 1890, introd. passim. e specialm. pag. 31 e segg.; BROCHER, *Nouveau traité de droit international privé,* Genève-Paris 1876, pag. 6 e segg., 19 e segg., *Cours de droit international privé suivant les principes consacrés par le droit français positif,* Paris-Genève 1882-85, vol. I, pag. 2 e seg., 19; PRADIER-FODÉRÉ, *op. cit.,* vol. III, pag. 609; DE MARTENS, *Traité,* vol. II, pag. 391 e segg.; LAINÉ, *op. cit.,* vol. I, pag. 3 e segg., 17, 21 e segg., ecc.; SURVILLE et ARTHUYS, *Cours élémentaire de droit international privé,* Paris 1890, pag. 5 e segg.; DESPAGNET, *op. cit.,* pag. 48 e segg., *Précis de droit international privé,* 2ª ed., Paris 1891, pag. 1 e segg.; PIÉDELIÈVRE, *op. cit.,* vol. I, pag. 15 e segg.; A. ROLIN, *Principes de droit international privé,* Paris 1897, vol. I, pag. 8 e segg, 131 e segg.; BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten,* vol. I, 3ª ed., Erlangen 1884, § 23; BEKKER, *Ueber die Couponsprocesse der österreichischen Eisenbahngesellschaften und über die internationalen Schuldverschreibungen,* Weimar 1881, pag. 56 e segg.; BULMERINCQ, *Völkerrecht,* § 27 e segg.; HAMAKER-MÜHLBRECHT, *Das internationale Privatrecht seine Ursachen und Ziele,* Berlin 1878, pag. 17 e segg., 27 e segg.; VESQUE VON PÜTTLINGEN, *Handbuch des in Oesterreich-Ungarn geltenden internationalen Privatrechts,* 2ª ed., Wien 1878, pag. 1 e seg.; MEILI, *Die Doctrin des internationalen Privatrechts,* in BÖHM 's *Zeitsch.,* vol. I, pag. 6 e segg., 159 e segg.; ecc. Un concetto che si trova frequentemente accennato, tanto da coloro che considerano il diritto internazionale privato come diritto internazionale, quanto da coloro che lo considerano come diritto interno, vale a dire che la materia, pur appartenendo all'uno o all'altro ramo della giurisprudenza, presenta caratteri peculiari che la collegano ad ambedue, mette capo in alcuni scrittori alla concezione particolare di un diritto, che sia nello stesso

ogni considerazione del rapporto in cui si trovano con lo stato attuale del diritto positivo, si può con tutta ragione affermare che non possono essere pienamente comprese e soddisfacentemente risolute, se non dal punto di vista proprio del diritto internazionale, mentre dal punto di vista, rigorosamente mantenuto, del diritto interno, è impossibile rendersi conto perfino della loro ragion d'essere. Ed infatti, la dottrina, accolta da lungo tempo dai giuristi inglesi e nord-americani, ed ora risollevata all'onore di una più approfondita discussione dalla nuovissima critica tedesca, che desume il diritto internazionale privato dal diritto di legislazione dello stato e ne considera il problema immanente al problema legislativo interno [1], o si trova costretta a dividere arbitrariamente il problema stesso in due parti [2], rinunziando a comprenderne

---

tempo internazionale ed interno: così PÜTTER, *Das praktische europäische Fremdenrecht,* Leipzig 1845, pag. 11; L. v. NEUMANN, *Grundriss des heutigen europäischen Völkerrechts,* 3ª ed., Wien 1885, pag. 3; FUNK-BRENTANO et SOREL, *op. cit.,* pag. 24 e seg.; NIPPOLD, *op. cit.,* pag. 263, 267, 269. Non va confusa con quella ibrida e un po' superficiale degli scrittori testè citati, la posizione, pure per altri riguardi assai criticabile, del v. BAR, il quale, com'è noto, considera il diritto internazionale privato come un diritto *sui generis,* che non è nè interno nè internazionale, ma deriva immediatamente dalla natura stessa delle cose: *Theorie u. Praxis.,* pag. 4 e segg.

(1) Vedi specialmente NIEMEYER, *Vorschläge und Materialien zur Kodifikation des internationalen Privatrechts,* Leipzig 1895, pag. 27 e segg., specialm. 28, 32.

(2) La teoria che considera il problema del diritto internazionale privato *immanente* alla funzione legislativa, riferisce quest'affermazione ad una parte soltanto delle questioni che il legislatore risolve, cioè alla determinazione dei dati di fatto, personali o territoriali, da cui dipende la cerchia d'applicazione della legge interna: la determinazione della legge straniera applicabile nei casi che sfuggono all'impero del diritto statuale non può, per ragioni evidenti, rientrare in quel concetto; onde la competenza del legislatore viene, per questo riguardo, fondata su altre considerazioni, o, per dir meglio, rimane quasi sempre una semplice constatazione di fatto, senza dimostrazione

almeno una (1), oppur deve, con un artificioso scambio di termini, passare quasi inavvertitamente dall'esame della natura intrinseca del problema allo stato attuale del diritto positivo,

---

razionale: vedi, in prova, ***Beschlüsse der Kommission der zweiten Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches hinsichtlich der Vorschriften über das internationale Privatrecht***, in Böhm 's *Zeitsch.*, vol. VI, pag. 1 e seg, e soprattutto Niemeyer, ***Vorschläge und Materialien***, pag. 26 e segg.

(1) La distinzione dei due problemi — determinazione dei limiti locali d'impero del diritto interno — determinazione della legge straniera applicabile nei casi sottratti all'applicazione del diritto interno — è puramente estrinseca perchè, nel maggior numero di casi, il concetto che inspira le deroghe all'assoluta territorialità della legge interna è il medesimo che conduce a riconoscere un'efficacia estraterritoriale alle leggi straniere. Quando il legislatore italiano, nell'art. 6 del titolo preliminare al cod. civ., collega l'applicabilità delle disposizioni riguardanti lo stato e la capacità delle persone ed i rapporti di famiglia all'appartenenza delle persone allo stato, riconosce in pari tempo e ***per lo stesso motivo*** la competenza delle leggi straniere, nei casi in cui le persone appartengono ad uno stato straniero: prescindendo da ciò, sarebbe impossibile intendere il valore ed il significato di quel principio. I casi nei quali il legislatore collega l'applicazione della legge sua ad un presupposto diverso da quello a cui collega l'applicazione delle leggi straniere sono evidentemente eccezioni, determinate da riguardi affatto speciali e che non infirmano punto la verità dei concetti qui esposti e difesi. Chè se veramente la distinzione fra i due ordini di problemi avesse il valore ed il significato attribuitole dalla recente critica tedesca, sarebbe più logico concludere con lo Schnell (***Ueber die Zuständigkeit zum Erlass von gesetzlichen Vorschriften über die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen***, in Böhm 's ***Zeitsch.***, vol. V, pag. 337 e segg.) che la competenza legislativa sussiste in ordine alla determinazione dei presupposti d'applicabilità della legge interna, e non in ordine alla determinazione della legge straniera competente a regolare i casi sottratti all'impero di quella. Per un esame più ampio della teoria vedi ***Studi critici***, pag. 108 e segg. Contro lo Schnell ottimamente il Kahn, ***Inhalt, Natur u. Methode des intern. Privatrechts***, pag. 50 e segg.

e valersi di questo per intendere a modo suo la natura di quello (1).

(1) Questa erronea inversione del problema, evidente in alcuni scrittori che lo hanno studiato per desumerne la possibilità e legittimità della funzione legislativa nella materia di cui si parla, quali il NIEMEYER (*Vorschläge u. Materialien*, pag. 27) ed il NEUMANN (*Internationales Privatrecht in Form eines Gesetzentwurfs nebst Motiven und Materialien*, Berlin 1896, pag. 20, e vedasi anche *Beschlüsse der Kommission* ecc., pag. 2), è, in ultima analisi, il fondamento di tutte le teorie che considerano il diritto internazionale privato come un diritto interno; teorie che muovono quasi sempre dalla considerazione dello stato attuale del diritto positivo, e che, indubbiamente giuste in quanto si riferiscono a questo, o meglio, come vedremo fra poco, ad una parte, la più importante e notevole, di questo, sono altrettanto monche ed imperfette nelle loro generalizzazioni. Fra i molti che, pur con differenze e spesso anche con limitazioni notevoli, accettano o seguono questa concezione, che potrebbe dirsi *nazionalistica*, del diritto internazionale privato, rammento: R. SCHMID, *Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen*, Jena 1863, pag. 10, 21 e segg.; WACH, *Handbuch des deutschen Civilprocessrechts*, Leipzig 1885, vol. I, pag. 219, 222; BÖHLAU, *Mecklemburgisches Landrecht*, vol. I, Weimar 1871, pag. 420; STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, 3a ed., vol. I, Berlin 1893, § 29; MOMMSEN, *Wie ist in dem bürgerlichen Gesetzbuch für Deutschland das Verhältniss des inländischen zu dem ausländischen Recht zu normiren?* nell'*Arch. f. d. civ. Prax.*, vol. 61, 1878, pag. 150 e segg.; REGELSBERGER, *op. cit.*, pag. 164 e segg.; GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, pag. 213; BARD, *Précis de droit international*, Paris 1883, introd. pag. 1, 5; HOLTZENDORFF, *Einleit. in d. Völkerrecht*, § 16, pag. 54 e segg.; GAREIS, *Institutionen*, pag. 195 e seg.; v. LISZT, *op. cit.*, pag. 1, 63 e seg., 149 e seg.; ULLMANN, *op. cit.*, pag. 9 e seg., sebbene con riserve e restrizioni notevoli; e analogamente RIVIER, *Principes*, vol. I, pag. 329; v. ROHLAND, *Internationales Strafrecht*, vol. 1, Leipzig 1877, pag. 2; WALKER, *Streitfragen aus dem internationalen Civilprozessrechte*, Wien 1897, pag. 16 e seg.; KAHN, *Gesetzeskollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts*, in IHERING 's *Jahrbücher*, vol. 30, 1891, pag. 1 e seg., specialm. pag. 7; NIEMEYER, *Methodik*, pag. 26 e seg., 31 e seg., *Positives intern. Privatrecht*, I, introd. passim.,

Il problema, in sè stesso, attiene al diritto internazionale, perchè è problema che include necessariamente un rapporto fra le leggi di stati coordinati ed autonomi, e quindi fra gli stati medesimi [1]; ossia un rapporto che richiede di essere

---

Vorschläge und Materialien, pag. 26 e segg.; NEUMANN H., *op. cit.*, pag. 19 e segg.; OLIVI, *op. cit.*, pag. 6-7, 657 e segg.; AFFOLTER, *Das intertemporale und internationale Recht der zeitlichen und örtlichen Kollisionsnormen des bürgerlichen Gesetzbuches*, nella *Zeitschrift* del GRÜNHUT, vol. 30, n. 1; e tutti gli anglo-americani, ad es. STORY, *Commentaries on the conflict of laws*, 8ª ed., Boston 1893, § 7 e segg., 18 e segg., specialm. 23; WESTLAKE, *A treatise on private international law*, 3ª ed., London 1890, pag. 1 e segg.; WHARTON, *A treatise on the conflict of laws or private international law*, 2ª ed., Philadelphia 1881, § 1 e le note ivi (confr. però *Digest*, vol. I, § 9); LORIMER, *op. cit.*, vol. I, pag. 349; HOLLAND, *Elements of Jurisprudence*, citato, pag. 360 e seg.; HARRISON, *Le droit international privé ou le conflit des lois particulièrement en Angleterre*, nel *Journ. du dr. intern. pr.*, vol. VII, 1880, pag. 417 e segg., 433 e segg.; HALL, *A treatise on international law*, 4ª ed., Oxford 1895, pag. 54; DICEY A. V., *On private international law as a branch of the law of England*, in *The law Quarterly Review*, vol. VI e VII, e in BÖHM 's, *Zeitsch.*, vol. II, pag. 113 e segg., ecc.

[1] Questo punto di vista, che è proprio quello da cui s'impone di considerare la materia della quale parliamo come appartenente al diritto internazionale, già delineato chiaramente, sotto tale riguardo, da HUBER (*op. cit.*, n. 1) è oggi, a questo scopo, accolto nella sostanza sua, ad es., da FIORE, *Dir. intern. priv.*, vol. I, cap. 5; LAURENT, *op. cit.*, vol. I, pag. 9 e segg.; WEISS, *op. cit.*, pag. 31 e segg.; PRADIER-FODÉRÉ, *op. cit.*, vol. III, pag. 609; LAINÉ, *op. cit.*, vol. I, pag. 6 e segg.; CATELLANI, *op. cit.*, vol. I, cap. 2; PIÉDELIÈVRE, *op. cit.*, vol. I, pag. 15 e segg.; DESPAGNET, *Droit intern. privé*, pag. 1 e segg., *Droit intern. public*, pag. 49, ecc. Esso importa, di necessità, una distinzione fra questi problemi e quelli nascenti dalla coesistenza di leggi diverse nelle varie parti di un medesimo stato; distinzione che oggi tende, infatti, ad essere sempre più riconosciuta anche per altre considerazioni, e che, in ogni caso, non esclude le analogie innegabili fra i due ordini di problemi: vedi, in proposito, *Studi critici*, nota 1 a pag. 120. È invece completamente sbagliata e, di fronte alla concezione positiva

regolato da principî superiori a ciascuna di queste leggi ed a tutte nello stesso tempo [1]. Ammesso questo, però, non ne viene che sia dimostrata senz' altro l' esistenza di norme giuridiche internazionali che lo risolvano. La necessità del diritto non è il diritto, al quale, perchè abbia realtà, è indispensabile la oggettivazione esteriore e positiva, la θέσις: argomentando dalla prima cosa alla seconda, dal bisogno del diritto alla sua esistenza concreta, si riproduce il vecchio ormai condannato errore, che consiste nel costruire il diritto mediante

---

del diritto internazionale, insostenibile la teoria che considera il diritto internazionale privato come un *diritto internazionale regolatore di rapporti privati fra gl' individui:* così, ad es., BROCHER, *Cours*, vol. I, pag. 19 e segg.; VESQUE VON PÜTTLINGEN, *op. cit.*, pag. 1 e seg.; BRINZ, *op. cit.*, pag. 120; SURVILLE ET ARTHUYS, *op. cit.*, pag. 5 e segg.; ecc. La considerazione che, avvertita o no, sta a base di questa dottrina, vale a dire che le relazioni fra individui di stati diversi, svolgendosi in una società più vasta della cerchia dei singoli stati, richiedono un diritto particolare, superiore ai vari ordinamenti giuridici territoriali, non coglie evidentemente il nodo della questione, perchè tali relazioni restan soggette alle leggi dei singoli stati, e si tratta soltanto di determinare *quale fra le dette leggi* è competente a preferenza delle altre: in ogni modo quella considerazione potrebbe spiegare e giustificare un *diritto uniforme,* non mai un *diritto internazionale.* Per ragioni analoghe, è affatto ingiustificato contrapporre, come fa il JITTA, alla concezione internazionalistica del diritto internazionale privato una concezione di esso quale *teoria del concorso delle leggi*, mentre se è diritto internazionale lo è proprio in quanto regola i rapporti fra le varie leggi, *ossia fra i vari stati* in una delle principali manifestazioni della loro attività: vedi JITTA, *La méthode du droit international privé*, La Haye 1890, passim. e specialm. pag. 32 e segg.; e più chiaramente nell'articolo *Die Kodifikation des internationalen Privatrechts im Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich vom Standpunkt eines Ausländers*, nel *Jahrbuch der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirthschaftslehre*, anno 2°, Berlin 1897, pag. 55 e segg.

[1] Sull' importanza teorica e pratica di questo concetto, e sulla funzione che ha esercitato nello svolgimento delle dottrine moderne di diritto internazionale privato, vedi *Studi critici*, pag. 72 e segg.

il pensiero e dare al concetto soggettivo il valore di un principio giuridico. Ma trascurando o non vedendo questa differenza essenziale, la legittimità della prima affermazione viene ad essere gravemente compromessa; e la concezione che chiamerò *internazionalistica* del diritto internazionale privato, avviatasi per questo indirizzo, ha finito col fare dell'arbitraria argomentazione la sua debolezza, il suo massimo errore; e finchè non riuscirà a spezzare il cerchio di ferro in cui si è chiusa, rimarrà in contraddizione coi fatti, incapace a soddisfare i bisogni della pratica, a rispondere alle più imperiose esigenze del pensiero contemporaneo. Sotto questo rispetto, hanno molta parte di vero le nuovissime critiche alle quali alludeva testè (1).

Dimostrato, adunque, che la natura delle questioni di cui si occupa il diritto internazionale privato è tale che le ricollega al punto di vista proprio del diritto internazionale, vi è un'altra ricerca affatto distinta e diversa da istituire; vedere, cioè, se realmente esistono norme giuridiche internazionali relative a questa materia; e qualora non ne esistano, o dove non ne esistano, indagare la funzione che vi esercitano le leggi dei singoli stati, per determinarne così i caratteri ed il valore. Soltanto per questa via si può arrivare a distinguere i vari elementi conglomerati e confusi nei confini malsicuri di questa scienza (2).

---

(1) Vedi *Studi critici*: I, *Una pagina di storia della codificazione civile in Germania,* dove la critica all'indirizzo che concepisce e svolge il diritto internazionale privato come un diritto superiore e indipendente da quello dei singoli stati è esposta ed apprezzata sotto molteplici aspetti, che interessano l'argomento trattato nel testo.

(2) La fase recentissima del diritto internazionale privato in Germania può dirsi appunto contrassegnata dal proposito di distinguere e sceverare gli elementi di diritto interno ed internazionale, assegnando agli uni ed agli altri propria ragion d'essere e funzione. Non più, dunque, un concetto della materia che la ricolleghi esclusivamente all'una o all'altra parte della giurisprudenza, e neppure soltanto una ricerca dei rapporti che corrono fra il diritto internazionale privato

E l'indagine, rigorosamente condotta, dà, se non erro, quanto al primo punto, questo risultato: che esistono alcuni principî giuridici internazionali relativi alla materia di cui parliamo. Pochi bensì, e molto generali; ma pur vi sono [1]:

---

da una parte e il diritto interno o internazionale dall'altra; neppure, ed anzi tanto meno, una materia comune o una zona neutra e *sui generis* fra le due cerchie del diritto; ma sibbene, ed in ciò sta il tratto nuovo e caratteristico di questi studi, il concetto che le questioni di competenza legislativa e giudiziaria dei vari stati sono, o possono essere, oggetto di norme di vero e proprio diritto internazionale e di norme giuridiche interne, aventi, le une e le altre, diverso significato ed effetto, e precisamente quel significato e quell'effetto che è proprio delle norme giuridiche internazionali e delle norme giuridiche interne, concepite in senso rigorosamente positivo. Primo in ordine di tempo e d'importanza lo ZITELMANN, il cui notevolissimo trattato, tuttora in corso di pubblicazione, trae la sua nota originale soprattutto dalla distinzione fra un diritto internazionale privato iper-statuale (*über-staatliches internationales Privatrecht* — vero *diritto internazionale*) e un diritto internazionale privato statuale (*inner-staatliches internationales Privatrecht — diritto interno).* A parte l'esattezza delle espressioni, ed anche della concezione che lo ZITELMANN accoglie del diritto internazionale privato iper-statuale (vedi in proposito KAHN, *Inhalt, Natur u. Methode* ecc., pag. 32 e segg.), resta profondamente giusto e vero il concetto fondamentale, quello, cioè, che la nostra materia è oggetto di due specie di norme giuridiche perfettamente distinte fra loro. In questo conviene ora anche il KAHN (*Inhalt, Natur u. Methode* ecc., passim. e specialm. pag. 18 e segg.), che prima (*Gesetzeskollisionen*, passim.) concepiva il diritto internazionale privato esclusivamente come diritto interno. Vedi pure TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 23 e segg , e MARCUSEN, *art. cit.* Come precursore, molto imperfetto però, di questo recente indirizzo si può citare il JITTA, per la sua distinzione di un metodo *individuale* e *universale* nello studio del diritto internazionale privato; diretto, questo secondo, a dimostrare la comune convinzione giuridica degli stati, quello le regole adottate da ciascuno di essi laddove manca o non può formarsi la convinzione giuridica comune: *La méthode du dr. intern. pr.*, passim. e specialm. pag. 95 e segg.

[1] Il concetto corrisponde, nella sostanza sua, a quello di un sistema di limiti internazionali della libertà legislativa degli stati nella

tale, ad esempio, quello che ogni stato deve trattar gli stranieri come subietti di diritto e non come cose ([1]); e l'altro

---

materia di cui parliamo; e sotto questa forma trovasi più volte accennato da scrittori che accolgono concezioni diverse del diritto internazionale privato. Vedansi ad es.: BRINZ, *op. cit.*, vol. I, § 23; STOBBE, *op. cit.*, § 29; HARRISON, *art. cit.*, nel *Journ. du dr. intern. pr.*, vol. VII, pag. 417 e segg.; v. BAR, *op. cit.*, vol. I, pag. 4 e seg.; BUZZATI, *Il rinvio*, Milano 1898, pag. 93 e segg.; GAREIS, *Institutionen*, pag. 195 e segg.; v. LISZT, *op. cit.*, pag. 63 e seg., 150, ecc.

([1]) Intorno a questo principio, ed al suo valore nel diritto internazionale contemporaneo, rimando a quanto ne scrissi nella *Responsabilità dello stato*, pag. 126 e segg. Il rapporto con la materia di cui parliamo è indicato nella nota a pag. 124. Ma vi ha di più: si osservi, infatti, che la personalità dell'individuo, cioè la capacità sua di essere in generale subietto di diritti e di doveri giuridici (REGELSBERGER, *op. cit.*, vol. I, pag. 234), è un effetto dell'ordine giuridico territoriale a cui esso appartiene; onde il riconoscimento di questa qualità nello straniero implica il riconoscimento, da parte dello stato, della competenza dell'ordinamento giuridico che glie l'attribuisce. E questo è, in certo senso, il primo effetto e più universalmente riconosciuto dello *statuto personale* (NIEMEYER, *Vorschläge u. Materialien*, pag. 134), sebbene il modo erroneo ed antipositivo, invalso sinora, di concepire la personalità dell'uomo come un dato della natura, un fatto anteriore al diritto e da questo indipendente, abbia impedito di metterlo in chiaro. Ma il concetto che la personalità non è un semplice dato della natura, sibbene un prodotto dell'ordine giuridico, può dirsi un postulato irrecusabile della concezione positiva del diritto: persona, in senso giuridico, è un centro di rapporti giuridici, un punto di riferimento di diritti e doveri; ossia, come tale, una creazione del diritto: vedi, in proposito, nonostante la costruzione giuridica tanto diversa, fra i molti, GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin 1887, passim.; PREUSS, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, Berlin 1888, pag. 137; BERNATZIK, *Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person*, in *Arch. f. öff. Recht*, vol. V, pag. 236 e segg.; BURKHARD, *Zur Lehre von den juristischen Personen*, nella *Zeitschrift* del GRÜNHUT, vol. XVIII, pag. 7 e segg.; LABAND, *op. cit*, vol. I, pag. 89 e seg., specialm. nota 1 ivi; JELLINEK, *System der sub. öff. Rechte*, pag. 27; LAINÉ, *Des personnes morales*

che nessuno stato può sistematicamente negare il valore e l'efficacia delle leggi degli altri stati ([1]). Chè se poi il

---

en droit international privé, nel *Journ. du dr. intern. privé*, vol. XX, 1893, pag. 277 e segg.; Bartolomei, *Diritto pubblico e teoria della conoscenza*, negli *Annali dell'università di Perugia (facoltà di giurisprudenza)*, nuova serie, vol. I, anno 1903, pag. 42 e segg. dell'estratto, ecc. Così uno dei principî men discutibili dell'odierno diritto internazionale esprime proprio, chi ben guardi, una regola di competenza legislativa, e rientra quindi, a tutto rigore, in quello che si è convenuto di chiamare *diritto internazionale privato.* Si potrebbe forse sostenere che lo stato non riconosce nello straniero la personalità in base alla legge straniera, ma l'attribuisce *ex novo* ad ogni individuo umano che si trovi nel suo territorio, perchè un complesso di esigenze etico-giuridiche gl'impone di non tollerare che l'uomo sia considerato e trattato altrimenti che come subietto di diritti; accogliendo questa interpretazione, la regola anzidetta non esprimerebbe più un criterio di competenza legislativa: parmi, però, che il concetto del riconoscimento della personalità attribuita all'individuo dall'ordinamento giuridico a cui appartiene risponda meglio alla intrinseca perennità ed al carattere assoluto e costante della capacità generale di diritto dell'uomo nel mondo civile; nè mi pare poi dubbio che nella coscienza degli stati moderni siavi il proposito di riconoscere nello straniero una qualità di cui era già prima investito, piuttosto che quello di attribuirgliela *ex novo* con le loro leggi. Ben diverso è il caso, e può anzi, con una argomentazione *a contrariis,* confermare opportunamente l'idea ora esposta, d'individui umani cui l'ordinamento giuridico dal quale dipendono non attribuisce la personalità (schiavi): allora veramente è lo stato, nel cui territorio si trovano, che l'attribuisce loro con le proprie leggi ed in virtù di queste, sia per un'esigenza d'ordine puramente morale, sia in esecuzione di un dovere giuridico internazionale; e questo è appunto il significato dell'art. 16 del trattato di Londra 20 dicembre 1841 (Martens, *Nouveau Recueil général,* vol. II, pag. 516) e dell'art. 29 dell'atto generale di Bruxelles 2 luglio 1890 (*ibid,* 2ª serie, vol. XVII, pag. 345).

([1]) L'antica notissima controversia intorno alla *comitas gentium*, come fondamento del diritto internazionale privato, mette capo appunto al concetto accennato nel testo; e poichè, se non erro, illustra assai bene e conferma le idee ivi esposte e difese intorno al problema del'

diritto internazionale s'intenda, non come un diritto gene-

---

diritto internazionale privato, credo opportuno aggiungere in proposito alcuni schiarimenti sul pensiero di chi scrive. La questione se gli stati sieno *giuridicamente* obbligati a riconoscere ed applicare le leggi straniere è, per natura sua, molto complessa e tale da non consentire una semplice risposta affermativa o negativa. Anzitutto (ed è il punto fondamentale del problema, intuito, se non sempre chiaramente delineato, nella ormai classica controversia) anzitutto possiamo domandarci se lo stato sia giuridicamente tenuto *verso gli altri stati* a riconoscerne ed applicarne, in alcuni casi, le leggi. Un obbligo giuridico di questo genere, essendo proprio dello stato in confronto ad altri stati, non può derivare che dalle norme giuridiche internazionali e quindi, per chi ammette la concezione positiva del diritto internazionale, dalla volontà stessa degli stati. Il principio formulato nel testo contiene la risposta a questo problema, ed afferma che gli stati civili sono *giuridicamente* obbligati a riconoscere, in massima, il valore e l'efficacia delle leggi straniere. Le ragioni per le quali ritengo che si possa ormai sostenere e dimostrare l'esistenza di un consenso degli stati su questo principio, non si possono certamente esporre in una nota; basti qui accennare che se da un lato esse metton capo allo stesso riconoscimento reciproco degli stati, come enti dotati di una propria sfera di autonomia ed eguali fra loro (confr., da questo punto di vista, specialmente BULMERINCQ, *Völkerrecht*, pag. 208; MEILI, *Doctrin des intern. Privatrechts*, in BÖHM'S *Zeitsch.*, vol. I, pag. 164 e seg.; ULLMANN, *op. cit.*, pag. 10, ecc.), dall'altro si esplicano e si completano nell'universale riconoscimento di alcune almeno fra le più importanti conseguenze del principio, perchè la negazione assoluta e sistematica del valore delle leggi straniere, nè esiste in pratica, nè è sostenuta in teoria in alcuno stato: per lo meno la formula, in sè stessa erronea o inesatta, del riconoscimento estraterritoriale dei diritti validamente acquisiti sta a dimostrare la verità di quest'asserzione. (È la nota formula dello HOLLAND; ed ho voluto citarla perchè basta a distruggere la recisa negazione dell'obbligo di cui si parla, contenuta nelle seguenti parole dello stesso scrittore: « *It follows from the independence of each state within its own borders that it might without contravening any principles of international law regulate every set of circumstances which calls for decision exclusively by its own law* »: *op. cit.*, pag. 345). E che gli

rale, anche limitatamente ai popoli civili, ma, con criterio

---

stati civili si sentano effettivamente obbligati a riconoscere le leggi straniere si può anche col KAHN (*Inhalt, Natur und Methode d. intern. Privatrechts*, pag. 38 e seg.), che non è davvero troppo tenero sostenitore della concezione internazionalistica del diritto internazionale privato, argomentare da ciò, che essi non vorrebbero certamente ammettere o tollerare che uno di loro negasse, per principio ed in tutte le sue conseguenze, il valore e l'efficacia delle leggi straniere: suppongasi, ad esempio, che l'Inghilterra ordinasse ai suoi giudici di applicare sempre e soltanto il diritto inglese, e così considerasse come non esistenti i matrimoni validamente celebrati in Italia da italiani perchè non corrispondenti alle norme del diritto inglese, trattasse come illegittimi i figli nati da questi matrimoni, dichiarasse nulli i contratti fatti all'estero da stranieri senza l'osservanza delle forme prescritte dal legislatore inglese, e via dicendo; suppongasi, dico, questa cosa e si converrà subito che gli altri stati non ammetterebbero tale contegno, ma lo considererebbero contrario al diritto e si riterrebbero autorizzati a valersi di tutti i mezzi per farlo cessare. Ciò basta a dimostrare che esiste veramente una regola di diritto internazionale avente il contenuto accennato sopra, ossia che si deve ammettere un dovere giuridico internazionale degli stati di riconoscere il valore delle leggi straniere. — Se non che, qui come in tanti altri casi, il dovere dello stato è molto generale ed indeterminato: lo stato non è tenuto a fare o non fare cose esattamente stabilite dal diritto internazionale, ma piuttosto a fare o non fare ciò che esso reputa utile o necessario per corrispondere all'imperativo della norma giuridica internazionale (confr. in proposito *Responsabilità dello stato*, pag 143 e seg.). E, prescindendo da alcuni principî più speciali e concreti, come quelli accennati più sotto nel testo, non si può dire davvero che l'attuale diritto internazionale determini i vari casi in cui lo stato ha da riconoscere la competenza esclusiva di una legge: anzi, se *nei casi*, tali erano appunto quelli accennati sopra, *in cui un fatto o rapporto giuridico si collega ad una sola legge territoriale, lo stato non può non riconoscere la competenza di questa legge,* per contrario *nei casi*, e sono i più gravi e difficili, i veri problemi del diritto internazionale privato, *nei quali uno stesso fatto o rapporto si trova contemporaneamente collegato a più leggi territoriali diverse, il diritto internazionale non determina di regola la competenza esclusiva di*

più positivo e più vero, come un diritto, la cui estensione

---

una di queste leggi, e lo stato rimane perciò giuridicamente libero di determinarla esso, secondo propri criteri di giustizia o di convenienza. Di qui l'impossibilità di un completo sistema di principî giuridici positivi desunti dal diritto internazionale ed aventi per obietto la determinazione della competenza legislativa dei vari stati; e di qui l'errore fondamentale dello ZITELMANN e tutte le contraddizioni del suo, pure ingegnosissimo, sistema di diritto internazionale privato iperstatuale (confr. KAHN, *Inhalt, Natur u. Methode* ecc., pag. 34 e segg.). Mentre adunque si può parlare con ogni rigore di un *dovere giuridico internazionale* degli stati di riconoscere, in generale, l'efficacia delle leggi straniere e tenerne conto, sarebbe del tutto arbitrario parlare di un dovere giuridico internazionale degli stati di riconoscere la competenza esclusiva di una o di un'altra legge nei singoli problemi di diritto internazionale privato: qui il dovere giuridico vien meno, perchè manca la norma che lo imponga. — Ma si deve almeno, in questi casi, ammettere un dovere giuridico d'altra natura? Su questo punto è necessario intendersi bene: dovere giuridico è quello e soltanto quello che ha il suo fondamento in una norma di diritto; onde, se la domanda si pone in confronto allo stato come tale, questo non incontra limiti giuridici all'infuori di quelli derivanti dal diritto internazionale, e non può quindi avere altri doveri giuridici: lo stato crea il diritto con la sua volontà, e può sempre modificarlo o crearne di nuovo; non si può dunque parlare di un *dovere giuridico* dello stato di ordinare l'applicazione delle leggi straniere, oltre i limiti in cui tale dovere è imposto dalla norma giuridica internazionale esposta sopra, e rimane quindi rigorosamente vero, per chi muove dal concetto positivo del diritto, che lo stato, nel determinare i casi di applicazione delle leggi straniere, non adempie un dovere giuridico, ma attua liberamente dei criteri di giustizia e di convenienza: in questo senso la vecchia dottrina della *comitas* contiene un elemento innegabile di verità. Senza dubbio, però, nel determinare i casi di applicazione del diritto straniero lo stato moderno non può ispirarsi a considerazioni prettamente utilitarie ed egoistiche: i criteri che guidano la funzione legislativa nel campo nostro sono oggi sostanzialmente mutati, e lo stato cerca di attuare anche qui le esigenze della comunità internazionale (vedi NIEMEYER, *Vorschläge und Materialien*, pag. 32, 37 e segg., 51 ecc.). Ma tutto ciò precede il diritto e

è relativa alle singole parti o proposizioni delle quali si

---

ne rimane al di fuori; è, se mi si passa la parola, materia metagiuridica: si può parlare di esigenze etiche che impongono allo stato di ordinare l'applicazione del diritto straniero nei casi e nei modi in cui la giustizia lo esige, ma è affatto improprio esprimere questo concetto con quello di un dovere giuridico. La contrapposizione fra le idee moderne e la dottrina della *comitas gentium* si cerchi adunque, se vuolsi, nel diverso contenuto dei criteri e delle vedute che determinano la formazione del diritto, piuttosto che in una pretesa sostituzione di quel concetto con l'altro del dovere giuridico. E con ciò è dato altresì il criterio per giudicare il valore della critica moderna alla dottrina della *comitas gentium* (W. Beach-Lawrence, *op. cit.*, vol. III, pag. 59 e segg., e soprattutti Laurent, *op. cit.*, vol. I, nn. 392 e segg.): vera in gran parte del suo contenuto, in quanto esprime assai più rettamente i criteri che debbono guidare la funzione legislativa nel campo nostro, si rivela ingiustificata ed erronea nel suo risultato, in quanto crea un dovere giuridico anche là dove si può soltanto parlare, ed i fautori della *comitas* l'avevano opportunamente rilevato (vedasi ad es. Story, *op. cit.*, n. 35 e segg.), di limiti e di esigenze morali. D'altronde, in confronto a chi sussisterebbe, in questi casi, il dovere giuridico dello stato? in confronto agli altri stati no, perchè le norme giuridiche internazionali non vincolano sino a tal punto la libertà dello stato: potrebbe dunque trattarsi soltanto di un dovere dello stato verso gl'individui; ma un dovere siffatto può esser giuridico solo in quanto lo stato abbia posto in essere la norma che lo crea; prima e fuori di questa lo stato non è capace di *doveri giuridici* verso i privati: dire il contrario sarebbe come ammettere un diritto alla legge, una pretesa individuale ad una determinata esplicazione della funzione legislativa. E con questo si dimostra altresì, implicitamente ma necessariamente, che nè la teoria dell'auto-limitazione dello stato mediante il diritto (vedine l'ultimo sviluppo in Jellinek, *Das Recht des modernen Staates*. I *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1900, pag. 331 e segg.), nè qualsivoglia dottrina di limiti giuridici della funzione legislativa (vedi Romano, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, estratto dall'*Archivio del diritto pubblico e dell'amministrazione italiana*, vol. I, fascicolo IV, Roma 1902), possono, qualunque ne sia del resto il valore, infirmare la verità delle precedenti osservazioni. — Con l'emanazione delle norme,

compone [1], si potrà, anche prescindendo dalle disposizioni di

che impongono l'applicazione del diritto straniero, sorge poi negli organi dello stato un vero e proprio ***dovere giuridico*** di applicarlo; dovere giuridico, adunque, rispetto alle funzioni dello stato subordinate alla legislativa, la quale, come fonte del diritto, incontra o limiti giuridici internazionali o limiti puramente etici. Concludendo, adunque, pare che si possano formulare i seguenti principî: *a*) Esiste attualmente un ***dovere giuridico internazionale*** dello stato di riconoscere il valore e l'efficacia delle leggi straniere. *b*) Tale dovere, essendo indeterminato nel suo contenuto rispetto ad un buon numero di casi, lascia spesso allo stato la libertà di determinare, come meglio crede, i modi ed i limiti di applicazione del diritto straniero. *c*) In questa determinazione, e finchè si contiene entro i confini tracciati dal diritto internazionale, lo stato incontra solo obblighi e limiti di natura etica, non diversi, come tali, da quelli che incontra in ogni altra cerchia della sua funzione legislativa; dalla quale soltanto deriva poi negli altri organi dello stato un dovere giuridico (interno) di applicare le leggi straniere.

[1] Su questo punto, che è una delle più importanti conseguenze della concezione positiva del diritto internazionale, e dove maggiormente risalta l'opposizione con le idee tradizionali influenzate dalla dottrina dello ***ius naturae***, vedi ***Responsabilità dello stato***, pag. 77 nota 1, e Triepel, *op. cit.*, pag. 83 e segg. Poichè le regole del diritto internazionale emanano dalla volontà collettiva degli stati, e la mancanza di organizzazione giuridica della comunità interstatuale esclude assolutamente che questa volontà sia formata e manifestata altro che dagli stati medesimi, singolarmente presi, i quali, adunque, in tanto sono obbligati dalle dette regole in quanto hanno concorso a formarle o vi hanno aderito, così dobbiamo ammettere che ***la sfera di applicazione di ogni regola si commisura al numero degli stati che la riconoscono.*** E come vi sono regole che, esprimendo conseguenze logiche necessarie del fatto primordiale di ogni sistema di relazioni giuridiche interstatuali, cioè del riconoscimento reciproco degli stati come possibili subietti di diritti e doveri, si estendono a tutti gli stati fra cui tali relazioni intercedono (***diritto internazionale generale***), così nulla esclude che altre regole valgano per una più ristretta cerchia di soggetti, e magari per due soli; concetto, quest'ultimo, che non è punto una singolarità dei rapporti interstatuali, come ha bene osservato il Triepel, *op. cit.*, pag. 86, nota 3. Questo modo d'inten-

trattati particolari, dimostrare altresì l'esistenza di alcuni principî più speciali e concreti relativi alla competenza legislativa o giudiziaria di vari stati, per esempio in materia di capacità personale, di regolamento dei beni, di diritto processuale, e via dicendo [1].

---

dere la misura d'applicazione dei principî che compongono il diritto internazionale, desunto dall'intima natura e dal processo di formazione dei principî stessi, non soltanto si allontana dal concetto, ormai antiquato e in contrasto coi fatti, di un diritto internazionale dei popoli europei o dei popoli cristiani (Klüber, Heffter, Hartmann, L. v. Neumann, ecc.), ma anche dal sistema, assai artificiale ed arbitrario, dei raggruppamenti di stati secondo la civiltà alla quale appartengono, di cui offrono esempio anche recenti trattazioni ispirate alla concezione positiva del diritto internazionale; vedi, ad es., Despagnet, *Droit intern. public*, pag. 58 e segg., v. Liszt, *op. cit.*, pag. 4 e segg., ecc. S'intende che il limite del valore formale di un principio non esclude la concordanza intrinseca o sostanziale del principio stesso con altri in vigore fra altri stati; e la scienza può e deve mettere in chiaro tali concordanze, senza peraltro dimenticare che i principî più generali a cui arriva sono il risultato di una comparazione di regole giuridiche formalmente distinte fra loro, perchè vigenti in forza di volontà distinte. E l'osservazione ha, come ognuno intende, grande importanza in molte materie del diritto internazionale, compresa quella di cui parliamo. Confr. v. Kaltenborn, *Kritik*, pag. 32, Hartmann, *op. cit.*, pag. 18, Bergbohm, *Staatsverträge u. Gesetze*, pag. 82 e seg., Pradier-Fodéré, *op. cit.*, vol. I, pag. 84, Triepel, *op. cit.*, pag. 84 e seg., ecc.

[1] Così, per esempio, relativamente a quasi tutti gli stati del continente europeo, la regola che non si debbono applicare le leggi relative alla capacità personale ed ai rapporti di famiglia agli stranieri, che si trovano solo transitoriamente nello stato; e, con effetto più generale, le altre della competenza della *lex rei sitae* riguardo ai diritti reali immobiliari, della *lex fori* riguardo ai rapporti processuali. Queste regole si determinano maggiormente, e talora si completano in altre più precise e concrete, allorchè se ne ricerca il contenuto rispetto a gruppi più ristretti di stati; ma, in ogni modo, appunto perchè sono regole di diritto internazionale e si rivolgono per la loro attuazione *unicamente* allo stato, conservano sempre quel carattere generale ed indeterminato, che è proprio, come prima si

E s'intende che la dimostrazione deve procedere sulle stesse basi e coi medesimi criteri di ogni ricerca, che voglia

---

osservò, dell'imperativo giuridico internazionale, nel maggior numero dei casi. Così, nè la generalità della regola e la varietà dei principî speciali che si dispiega al di sotto di lei, nè la limitazione della sua cerchia di efficacia, possono, dal punto di vista della concezione positiva del diritto internazionale, costituire una obiezione decisiva contro la giuridicità e la internazionalità (*sit venia verbo*) della regola stessa. E l'osservazione ha, nel caso nostro, la massima importanza. Le obiezioni contro l'esistenza di un diritto internazionale relativo alla competenza legislativa dei vari stati muovono, infatti, quasi sempre dalla considerazione della varietà dei criteri accolti nei singoli stati per determinare la legge applicabile alle diverse categorie di fatti o di rapporti: vedi ad es. KAHN, *Gesetzeskollisionen*, pag. 5 e seg., NIEMEYER, *Methodik*, pag. 10 e segg., ecc. E senza dubbio, chi volesse intendere il diritto internazionale come un complesso di regole ben determinate nel loro contenuto ed ugualmente applicabili in tutti gli stati, o anche soltanto in quelli della nostra civiltà, o dovrebbe, per salvare il diritto internazionale privato, rifugiarsi nel concetto di un diritto che vien da natura, ed esiste indipendentemente dal riconoscimento che ha conseguito nei fatti, oppur negare quasi del tutto che esistano principî di diritto internazionale relativi a questa materia. È quello che di fatto è avvenuto: le dottrine con tendenze prevalentemente astratte e idealistiche hanno costruito un diritto internazionale privato tutto soggettivo e ben lontano dalla realtà; invece i positivisti hanno quasi concordemente negato che esista un diritto internazionale relativo alla determinazione della competenza legislativa o giudiziaria dei vari stati. Se non m'inganno, i concetti brevemente delineati nel testo avviano ad una dimostrazione rigorosamente positiva di principî giuridici internazionali relativi a quest'argomento. Vedasi ora anche il KAHN, *Inhalt, Natur. u. Methode*, pag. 39, il quale però si allontana sostanzialmente dalle idee qui sostenute in due punti notevolissimi, cioè: *a*) perchè, in modo affatto arbitrario e senza dirne le ragioni, vuole che un principio relativo alla competenza legislativa, per costituire una regola di diritto internazionale, sia praticato dalla prevalente maggioranza degli stati, mentre, secondo me, può esser tale anche se vige per due stati soltanto, i quali lo riguardino come norma obbligatoria della loro condotta reciproca; *b*) perchè ammette, in tal caso, un diritto della

provare l'esistenza ed il contenuto di norme giuridiche internazionali; deve, cioè, procedere a determinare se veramente siasi formata, ed in qual modo, una volontà collettiva degli stati, la quale abbia posto quella data regola come norma rigorosamente obbligatoria della loro condotta ([1]). Soltanto se

---

comunità interstatuale al mantenimento di questo principio; idea che evidentemente non è compatibile con la concezione positiva del diritto internazionale: non esiste una comunità interstatuale giuridicamente organizzata, e quindi possibile subietto di diritti; i principî obbligano gli stati in quanto li hanno voluti e finchè perdura la volontà collettiva che li ha creati. Si era creduto e si era detto che la concezione positiva delle relazioni giuridiche internazionali avrebbe distrutto il diritto internazionale privato, come diritto superiore e distinto dalle norme vigenti nei singoli ordinamenti giuridici territoriali; ed ecco invece che questa, rigenerandolo nello stesso suo seno, ne dimostra l'esistenza e la legittimità.

([1]) Intorno ai criteri per questa determinazione vedasi il capitolo primo della mia *Responsabilità dello stato* ecc., dove la natura ed i caratteri delle norme giuridiche internazionali sono largamente esposti ed esaminati: ivi, anche, la bibliografia completa sull'argomento. Qui aggiungo soltanto alcune osservazioni, che mi sembrano particolarmente importanti a completare e schiarire le cose accennate nel testo e nella nota precedente. Le manifestazioni di volontà di più stati, per dar vita ad una norma giuridica internazionale, non basta che abbiano lo stesso contenuto; devono altresì essere *reciproche*, cioè fatte in vista e con lo scopo di *corrispondere fra loro per creare una norma obbligatoria della rispettiva condotta*. Le norme giuridiche internazionali emanano dalla volontà collettiva di più stati e non da quella di stati singoli, la quale, se rivolta a regolare i rapporti dello stato con altri stati, può creare un *diritto pubblico esterno*, non mai un diritto internazionale (confr. *Responsabilità dello stato*, pag. 30 e segg.). Di qui la necessità che le singole manifestazioni di volontà concorrano, confondendosi fra loro, a formare quella volontà collettiva, che si obiettiverà poi nella norma: manifestazioni staccate, non reciproche, anche se identiche, non possono di per sè creare una norma giuridica internazionale, perchè, se lo stato ha inteso di disporre su materia soggetta alla sua autorità, conserva sempre la potestà di disporre altrimenti, poco importando che la disposizione sua sia identica a

questa dimostrazione riesca, e nei limiti in cui riesce, si potrà parlare con fondamento di un diritto internazionale relativo

---

quella di altri stati: si avrà, in questo caso, un diritto uniforme su materia attinente alle relazioni interstatuali; ma sarà un diritto risultante da un complesso di diritti formalmente distinti fra loro, non idoneo, quindi, ad obbligare gli stati all'osservanza e al mantenimento di quelle norme. La conseguenza forse più importante di questo principio riguarda il valore delle leggi interne nella formazione del diritto internazionale, e quindi interessa direttamente il nostro argomento, giacchè abbondano le disposizioni legislative di diritto internazionale privato che, in tutto o in parte, concordano fra loro. Ora, a tal proposito, si osservi bene: in sè stessa, la legge interna ha uno scopo suo proprio, che non è certamente quello di dar vita a norme giuridiche internazionali; la manifestazione di volontà dello stato contenuta nella legge, quantunque eguale nel contenuto ad altre manifestazioni di altri stati, essendo diretta al regolamento di rapporti interni, non si può senz'altro considerare come fatta per creare un accordo internazionale; è una manifestazione staccata e di per sè stante, quantunque uguale ad altre, e perciò inidonea a creare la volontà collettiva, che è fonte del diritto internazionale. (Confr. TEZNER, *Zur Lehre von der Giltigkeit der Staatsverträge*, nella *Zeitschrift* del GRÜNHUT, vol. XX, Wien 1893, pag. 125; TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 99, 126). Se più stati stabiliscono nelle loro leggi condizioni uniformi per l'esecuzione delle sentenze straniere, o sottopongono egualmente certi rapporti alla legge nazionale delle persone interessate, questa coesistenza di disposizioni legislative identiche non è certo, di per sè, un accordo internazionale; ogni stato può sempre modificare quelle disposizioni e sostituirne altre diverse: si potrà parlare di un *diritto uniforme* relativo all'esecuzione delle sentenze straniere e alla determinazione della legge applicabile a certi rapporti, non già di un *diritto internazionale*, che obblighi l'uno verso l'altro gli stati ad ammettere l'esecuzione delle sentenze straniere nel concorso di quelle determinate condizioni, a riconoscere la competenza esclusiva della legge nazionale nel regolamento di quei dati rapporti. Come dunque, lo si è visto nella nota precedente, la varietà dei principî di diritto internazionale privato adottati dai vari stati non basta ad escludere che al di là e al di sopra di essi esista e spieghi i suoi effetti una vera e propria norma giuridica internazionale, che fa valere il suo impera-

alla determinazione della competenza legislativa o giudiziaria dei vari stati.

---

tivo in confronto ai detti stati, così, per converso, la concordanza intrinseca delle disposizioni legislative vigenti in vari stati non autorizza affatto a concluderne l'esistenza di una corrispondente norma di diritto internazionale: le due materie sono fra loro nettamente distinte, e la volontà necessaria a creare le norme giuridiche internazionali non sorge da manifestazioni di volontà degli stati isolate, anche se identiche, come le leggi interne, ma soltanto da manifestazioni reciproche e corrispondenti. — Con questo, però, è tutt'altro che esaurito il discorso. Allorchè una legge interna regola i rapporti dello stato con altri stati, o, più generalmente, si riferisce a materie interessanti i rapporti interstatuali, nulla di più naturale che presumere, specie se la legge restringe in qualche modo la libertà dello stato a profitto di altri stati, che il contenuto della legge sia in corrispondenza con norme internazionali vigenti. (Confr. BERGBOHM, *Staatsverträge u. Gesetze*, pag. 104, TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 99, 422, GAREIS, *Institutionen*, pag. 37 e seg.). È logico, infatti, ritenere che lo stato agisca nel modo che gli è imposto da' suoi doveri internazionali, e soprattutto non si può presumere che egli s'imponga obblighi, o limiti la sua libertà senza esservi tenuto; ed è questo l'elemento importante di verità di un concetto, che molti scrittori impropriamente esprimono allorchè parlano delle leggi interne come forme o modi di manifestazione della coscienza giuridica internazionale, o magari come fonti di questo diritto. (Vedansi, ad esempio, BLUNTSCHLI, *Dr. intern. cod.*, § 12, DE MARTENS, *Traité*, vol. I, pag. 252 e segg., v. HOLTZENDORFF, *Einleitung*, pag. 117, RIVIER, *Lehrbuch*, pag. 12 e seg., *Principes*, vol. I, pag. 35, v. LISZT, *op. cit.*, pag. 9, ecc.). La legge interna non fa mai sorgere norme giuridiche internazionali, e nemmeno ne dimostra di per sè l'esistenza, ma le lascia presumere ed aiuta a determinarne il vero contenuto. La presunzione cresce ancora d'importanza allorchè più stati emanano nella stessa materia, interessante i rapporti internazionali, norme fra loro concordanti (GAREIS, *loc. cit.*, ULLMANN, *op. cit.*, pag. 30 e seg.): ma, anche in questo caso, non si può certamente argomentare senz'altro l'esistenza di una norma di diritto internazionale; le ragioni e gli esempi addotti lo provano ad evidenza. Non cessa, dunque, la necessità di dimostrare con altri mezzi l'esistenza ed il tenore di quella norma; tanto meno diviene inam-

Se non che, e mi preme assai porre in chiaro questo punto, che è tanto fondamentale quanto generalmente trascurato, le norme di cui per tale via si dimostri l'esistenza, se veramente sono, ed in quanto sono, norme giuridiche internazionali, non hanno valore altro che per gli stati, gli obblighi che impongono riguardano unicamente gli stati. Infatti, esse non possono esprimere altro che il dovere dello stato di riconoscere la competenza di una legge o di un'autorità straniera rispetto a certi determinati fatti, e di agire in modo corrispondente a questo riconoscimento. Di qui deriva che queste norme giuridiche internazionali possono essere, alla loro volta, occasione o causa di altre norme, con le quali lo stato, per assicurare il soddisfacimento dell'esigenza del diritto internazionale,

---

missibile la prova contraria della non esistenza e magari della contraddittorietà della norma alle disposizioni legislative (confr. TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 99). Chi voglia dimostrare l'esistenza di una regola di diritto internazionale relativa alla competenza legislativa o giudiziaria, movendo dalla concordanza delle disposizioni legislative vigenti in vari stati, esamini dunque, anzitutto, se a quelle disposizioni corrisponde un accordo di volontà degli stati, e quindi una norma obbligatoria della loro condotta, indagando in specie se gli stati che le emanarono avevano o no la coscienza di disporre su materia soggetta al loro potere: l'esistenza di disposizioni legislative concordanti non è che un punto di partenza ed un elemento per una dimostrazione da fare. — Ma la concordanza delle leggi interne in materia attinente alle relazioni fra gli stati interessa poi il diritto internazionale anche da un altro punto di vista: essa, infatti, comunque non sia imposta da una norma giuridica internazionale, attesta pur sempre la volontà degli stati di comportarsi in quel dato modo, e non altrimenti, in un argomento che riguarda i loro rapporti, e rende quindi relativamente facile la formazione della norma giuridica, che dichiarerà obbligatoria la condotta fino allora liberamente seguita da vari stati. La progressiva uniformità del diritto interno in certe materie, specialmente appunto in quella di cui parliamo, diviene così operoso fattore della formazione di un diritto internazionale corrispondente: la storia dei progressi del diritto internazionale privato nei tempi nostri ne è tutta una riprova ed una conferma.

ordina che sia riconosciuta la competenza di quella data legge od autorità; per esempio, che ad una certa categoria di fatti si applichi una legge straniera invece della legge territoriale. Io non voglio qui trattare la grave controversia, sollevata in questi ultimi anni, se le norme che ordinano l'applicazione di un diritto straniero, le *Anwendungsnormen*, come dicono i tedeschi, si riferiscano soltanto al giudice, che si trova nella condizione di dovere scegliere fra l'applicazione del diritto territoriale e straniero, o sieno vere e proprie norme regolatrici di fatti e di relazioni concrete [1]: nel primo caso esse non sarebbero, a tutto rigore, necessarie, perchè la determinazione della legge applicabile ad una controversia è una questione pregiudiziale alla risoluzione della controversia medesima, ed il giudice può, come vedremo [2], applicare in via pregiudiziale o incidentale i principi del diritto internazionale; nel secondo caso, invece, poichè gl'individui nè possono nè devono osservare i precetti del diritto internazionale, sarebbe necessario ammettere sempre l'emanazione della norma corrispondente a ciò che il diritto internazionale impone allo stato [3].

---

[1] Vedi ZITELMANN, *Intern. Privatrecht*, vol. I, pag. 18 e seg., 198 e segg.

[2] Vedasi il capitolo seguente. Diversamente ZITELMANN, *Intern. Privatrecht*, vol. I, pag. 73 e seg., il quale ritiene che il diritto internazionale privato iper-statuale, come ogni altra parte del diritto internazionale, " *bindet..... nicht unmittelbar auch den Richter des einzelnen Staats* ": il giudice è obbligato soltanto dal diritto internazionale privato statuale; " *bloss an dieses innerhalb seines Staats geltende Recht ist der Richter des einzelnen Staats gebunden* ". E di qui la necessità, in cui lo ZITELMANN si trova, di ammettere sempre l'esistenza di una norma di applicazione interna, anche quando in realtà il giudice applica il diritto internazionale privato iper-statuale, per la mancanza di speciali norme emanate dallo stato (pag. 75 e seg.).

[3] Questo punto è stato ripetutamente oggetto di dimostrazione nelle pagine precedenti, e parmi ora inutile tornarci su; esso, del resto, non può dar luogo a dubbi di sorta per chi ritiene che l'imperativo delle norme giuridiche internazionali si riferisca sempre e soltanto agli stati. Vedasi, infatti, il KAHN, *Inhalt, Natur u. Methode,*

Ma, si accolga l'una o l'altra opinione, certo è che se lo stato emana le norme d'applicazione, esse obbligano senz'altro anche il giudice, indipendentemente da ogni indagine sul rapporto in cui si trovino coi principî del diritto internazionale, perchè la competenza del giudice ad applicare il diritto internazionale cessa di fronte ad una diversa manifestazione di volontà degli organi legislativi (1); e non è men certo che queste norme, considerate nel loro valore formale e rispetto a coloro che devono osservarle, sono norme giuridiche interne al pari delle altre esaminate prima. Al diritto internazionale appartiene l'esigenza in confronto dello stato, il dovere di questo di applicare una piuttosto che un'altra legge: le norme giuridiche prodotte da quell'esigenza sono evidentemente tutt'altra cosa. Dato, dunque, che esistano principî di diritto internazionale relativi alla materia di cui parliamo, il valore giuridico delle norme d'applicazione deriva dai criteri generali esposti innanzi per determinare il rapporto fra il diritto internazionale ed il diritto interno voluto da questo: in tal caso, infatti, le norme di applicazione non sono altro che norme richieste da un principio di diritto internazionale (2).

---

pag. 30, il quale sembra che consideri l'imperativo delle norme interne di diritto internazionale privato come rivolto anche agl'individui, mentre lo ZITELMANN, *Intern. Privatrecht*, vol. I, pag. 18 e seg. e altrove, vi scorge soltanto un comando rivolto al giudice; sebbene anch'egli arrivi poi, per le ragioni accennate nella nota precedente, ad affermare la necessità della norma interna d'applicazione, anche quando essa non sia altro che la ripetizione dell'imperativo giuridico internazionale. Che le norme interne di diritto internazionale privato si rivolgono soltanto al giudice e costituiscono un puro diritto formale, trovasi affermato anche da una sentenza della camera d'appello di Zurigo citata nel MEILI, *Das internationale Civil-und Handelsrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis*, Zürich 1902, vol. I, pag. 53.

(1) Vedansi, anche su questo, i capitoli seguenti.

(2) La distinzione fra le norme interne di diritto internazionale privato richieste dal diritto internazionale e le norme non richieste, risponde in parte a quella che fa lo ZITELMANN, *Intern. Privatrecht*, vol. I, pag. 197 e seg., fra norme primarie e secondarie. Secondo questo

Sebbene, però, la dimostrazione positiva dell'esistenza di principî giuridici internazionali relativi alla determinazione

---

scrittore, le norme primarie di collisione (*primäre Kollisionsnormen*), cioè quelle stabilite dalla sovranità territoriale per risolvere i conflitti fra le leggi, e quelle secondarie o sussidiarie (*subsidiäre Anwendungsnormen*), per le quali, in mancanza delle prime, riceve applicazione quella legge che è indicata, nei singoli casi, dal diritto internazionale privato iper-statuale, non si distinguono fra loro nè per il fondamento del valore obbligatorio, che è sempre la volontà creatrice dell'ordine giuridico interno, nè per la sfera d'applicazione, perchè le une e le altre vigono soltanto nello stato, nè pel contenuto di fatto del precetto giuridico, perchè anche le norme primarie possono coincidere col precetto giuridico internazionale, ma bensì unicamente per questo, che le norme primarie di collisione determinano senz'altro il diritto applicabile e non consentono indagini sul rapporto in cui si trovano col diritto internazionale, mentre le norme secondarie di applicazione rinviano semplicemente al diritto internazionale, senza fissarne il contenuto. Secondo me, invece, la norma interna di applicazione corrispondente ad un principio di diritto internazionale, a parte sempre la questione della necessità di emanarla, è l'esecuzione, in parte, del dovere giuridico internazionale dello stato, e quindi contiene un precetto diverso da quello della norma internazionale a cui corrisponde. Il concetto della norma sussidiaria è un derivato di due teorie dello Zitelmann, nelle quali non saprei convenire: la prima, che il giudice non possa applicare il diritto internazionale se non in quanto assume, per volontà dello stato, valore di diritto interno; donde la necessità di ammettere l'esistenza di norme, anche tacite, che rinviano di caso in caso il giudice al principio di diritto internazionale accolto come diritto interno: l'altra, che esista un *completo* sistema di diritto internazionale privato iper-statuale, o più semplicemente di principî giuridici internazionali relativi alla determinazione della competenza legislativa dei vari stati, atto perciò a completare le lacune della loro legislazione in questa materia. Il primo punto sarà largamente discusso nel capitolo seguente; quanto al secondo ho già prima accennato alcune delle ragioni per le quali lo ritengo inammissibile. Ciò non vuol dire che non si possa ammettere una norma generale d'integrazione o di supplemento, che guidi il giudice a colmare le lacune delle regole di diritto internazionale privato vigenti

della competenza legislativa e giudiziaria dei vari stati non dia risultati semplicemente negativi, è fuori di dubbio che i detti principî sono così scarsi e così poco determinati da non poter soddisfare, neppure da lontano, i molteplici e complessi bisogni della vita reale. Onde accade che, accanto a loro, sorgano nei singoli stati norme giuridiche, le quali non sono, per il loro contenuto [1], la conseguenza di un dovere giuridico internazio-

nello stato; ma si tratta di una norma interna che stabilisce un criterio generale direttivo, che può esser diverso da stato a stato, e non di un rinvio al diritto internazionale; cosa ben diversa, quindi, dalle norme secondarie dello ZITELMANN. Su l'esistenza ed il tenore di questa norma suppletiva, vedi le osservazioni sostanzialmente giuste del NIEMEYER, *Methodik*, pag. 27 e segg., *Posit. intern. Privatrecht*. I, *Einleit*., pag. 8 e seg., *Vorschläge u. Materialien*, pag. 58 e segg.

[1] Dico *per il loro contenuto:* infatti, poichè esiste un principio di diritto internazionale che obbliga gli stati a riconoscere il valore delle leggi straniere (vedi sopra pag. 135 e segg., nota 1), si può dire che l'*esistenza* di queste norme interne è l'effetto di un dovere internazionale dello stato. Il principio che gli stati sono obbligati a riconoscere il valore delle leggi estere si traduce, fino ad un certo punto, in quest'altro: ogni stato deve avere un diritto internazionale privato, ossia un sistema di principî atti ad escludere le conseguenze dell'assoluta territorialità del diritto (KAHN, *Inhalt, Natur u. Methode*, pag. 40). Ma poichè questo dovere di riconoscere il valore delle leggi estere, eccettuati pochi casi, non arriva, come si è visto, fino a determinare quale legge debba essere applicata allorchè un fatto o rapporto si trova contemporaneamente collegato a più leggi diverse, così le norme emanate dallo stato, considerate nel loro contenuto, nel principio che sanzionano, non si possono dire sempre la conseguenza di un dovere internazionale dello stato. Ad esempio; si potrà considerare come voluta dal diritto internazionale la norma che riconosce la competenza della *lex rei sitae* per i diritti reali immobiliari, ma non certamente la norma che stabilisce l'applicazione della *lex loci contractus* al regolamento delle obbligazioni contrattuali. Non è poi inutile aggiungere che una stessa norma può essere imposta dal diritto internazionale rispetto a certi stati e non imposta rispetto ad altri: se uno stato ha stabilito, in alcuni trattati, di applicare al regolamento della successione ereditaria la legge nazionale del *de cuius*, la norma interna che

nale dello stato, ma pure integrano e completano le lacune dei principî del diritto internazionale, adempiendo così, rispetto a ciascuno stato, la funzione che il diritto internazionale dovrebbe, ma non sa ancora compiere. I problemi del diritto internazionale privato sorgono, infatti, così intimamente collegati con l'applicazione del diritto interno ai molteplici fatti e rapporti della vita quotidiana, che la loro soluzione si presenta come una necessità imprescindibile dell'esercizio della funzione giurisdizionale dello stato. Di qui il bisogno che ogni stato, anche dove non gli è imposto da principî di diritto internazionale, provveda con proprie norme a fissare i criteri per la soluzione di quei problemi, premessa indispensabile al regolamento di controversie, che appartengono veramente e per loro natura al diritto interno. Se è erroneo argomentare, come fa la recente critica tedesca, da questo stretto rapporto de' due ordini di problemi alla loro intrinseca eguaglianza, è invece giustificato desumerne la ragion d'essere e la spiegazione di una buona parte delle leggi interne di diritto internazionale privato. Ogni stato concorre con esse a compiere una funzione più elevata, cui mancano organi appositi; ogni stato si contende il vanto di riflettere in esse la coscienza dei popoli civili, di soddisfare ad un bisogno di giustizia universalmente sentito. Tale, e non altro, il motivo, il significato di queste leggi [1].

---

sanziona questo principio è una norma imposta rispetto agli stati con cui i trattati furono conclusi, ma è invece una norma liberamente stabilita e sempre revocabile rispetto agli altri: la norma interna che stabilisce l'applicazione della legge personale allo stato e alla capacità degli stranieri ed ai loro rapporti di famiglia si può considerare come una norma imposta dal diritto internazionale, almeno in quanto esclude l'applicabilità della legge interna, rispetto agli stati del continente europeo, mentre non lo è rispetto all'Inghilterra ed all'America del Nord; e via dicendo. Trattasi del resto, come ognuno vede, di una conseguenza ed insieme di una conferma del carattere relativo e particolare del maggior numero dei principî che compongono il diritto internazionale.

[1] L'indole e lo scopo di questo studio non consentono di scendere ad un'analisi più particolareggiata e minuta della natura di queste

Le quali poi risultano, se le guardiamo attentamente, di due distinti elementi o principî. Anzitutto, la determinazione

---

norme nel diritto interno. Tre opinioni si contendono il campo in proposito. Una, già delineata da SCHMID (*op. cit.*, introd., pag. 2 e seg.), accolta, non senza qualche contraddizione e incertezza dal NIPPOLD (*op. cit.,* pag. 266 e segg.), dal NIEDNER, dal GÖPPERT, da PFAFF *und* HOFMANN (ap. KAHN, *Abhandlungen aus dem internationalen Privatrecht*. IV: *Das zeitliche Anwendungsgebiet der örtlichen Kollisionsnormen*. in JHERING'S *Jahrbücher*, vol. XLIII, pag. 331, nota 1) e svolta con la profondità consueta dallo ZITELMANN (*Intern. Privatrecht*, vol. I, pag. 198 e segg., 251 e segg., 281 e segg.), le considera come norme di *diritto pubblico*. Un'altra opinione, tacitamente ammessa dal maggior numero di scrittori, ma coscientemente difesa e sviluppata da pochissimi, e forse dal solo KAHN (*Inhalt, Natur u. Methode*, pag. 52 e segg., *Zeitl. Anwendungsgebiet der örtl. Kollisionsnormen,* pag. 331), alla cui opinione aderiva di recente anche il MEILI (*Intern. Civil-u. Handelsrecht*, vol. I, pag. 52 e seg.), le assegna invece al *diritto privato*. Recentemente poi l'AFFOLTER, nello studio già citato sul diritto intertemporale e internazionale privato germanico, che si trova nel vol. XXX della *Zeitschrift* del GRÜNHUT, e nel volume I della sua opera sul diritto transitorio (*Geschichte des intertemporalen Privatrechts*, Leipzig 1902), pur convenendo con lo ZITELMANN nel considerare le norme interne di diritto internazionale privato come norme di diritto pubblico, se ne allontana in quanto ritiene che esse formino una cosa sola col diritto che egli chiama *intertemporale*, il *diritto degli ordinamenti giuridici, dell'impero locale e temporale delle leggi*; due parti di un ramo speciale più elevato della giurisprudenza, di un diritto puramente formale, pubblico, che sta al disopra di tutti gli ordini giuridici esistenti nel tempo e nello spazio ed ha per oggetto i limiti del loro impero locale e temporale. Un giudizio su questa teoria dell'AFFOLTER sarebbe addirittura prematuro, perchè il volume da lui pubblicato, che è la sola parte storica di una vasta opera, ne contiene piuttosto l'affermazione che la dimostrazione: l'identità fra le norme di diritto transitorio e quelle di diritto internazionale privato ha però avuto di già critiche così acute e radicali, che è lecito dubitare assai della tesi sostenuta dall'AFFOLTER, almeno in quanto vuole essere una nuova e più esatta determinazione della natura giuridica delle norme in discorso, pur convenendo che esistano analogie importanti fra le

della legge competente a regolare una determinata categoria di fatti: è la norma di collisione, il principio che risolve un

---

une e le altre e che, da un certo punto di vista, si possa anche intendere una trattazione la quale le riunisca. Le altre due opinioni, diametralmente opposte fra loro, hanno tuttavia dei punti di contatto non indifferenti: tanto lo ZITELMANN (pag. 198), quanto il KAHN, *Gesetzeskollisionen*, pag. 27 e segg., *Inhalt, Natur u. Methode*, pag. 52 e seg.), convengono ad esempio in ciò, che le norme di diritto internazionale privato non contengono diritto *materiale*, ma *formale*: lo ZITELMANN vi scorge un diritto formale pubblico *sui generis*, ed il KAHN, data l'assoluta separazione che egli sostiene fra le norme di diritto internazionale privato e quelle di diritto materiale, non è poi del tutto alieno dal ravvisarvi un diritto privato pure *sui generis*. Certo, la critica che fa il KAHN alla dimostrazione dello ZITELMANN parmi esauriente: ma chi vorrà dire che lo sia altrettanto la dimostrazione della tesi da lui sostenuta, che si fonda tutta sopra un'applicazione metaforica dei concetti di spazio e di figura, per giungere alla conclusione che, come lo spazio attiene alla figura che vi è compresa, così le norme di diritto internazionale privato sono una *pertinenza* del diritto privato? e non sarebbe proprio questo il caso di ripetere che le metafore adoperate come argomenti diventano sofismi? Ho già detto che non voglio esaminare così per incidente questo grave problema, la cui soluzione esige, in ogni caso, l'analisi accurata e *distinta* della norma interna di *applicazione* e di quella di *collisione*, nel senso che è spiegato di seguito nel testo; siami lecito però di richiamar l'attenzione sopra un punto, che si collega più direttamente alla tesi da me sostenuta, ed è questo: che dalla discussione testè riassunta, e dalle critiche cui prestano il fianco gli argomenti addotti *hinc et inde,* sembra potersi già fin d'ora desumere un concetto tanto semplice e spontaneo quanto importante, vale a dire che le norme interne di diritto internazionale privato sono, in ultima analisi, quello che sono; norme *sui generis*, che non si possono senza violenza costringere nelle consuete partizioni del diritto interno. E non vi è quasi bisogno di aggiungere che ciò risponde esattamente alla tesi da me sostenuta: sono norme interne che risolvono un problema, il quale, in sè stesso, spetterebbe al diritto internazionale; naturale, dunque, che non si adattino loro le partizioni del diritto interno in pubblico e privato, nello stesso modo e per le stesse ragioni per cui, fu già

problema, il quale, per natura sua, esorbiterebbe dalla funzione legislativa dello stato e rientrerebbe nel diritto internazionale. Poi, l'ordine agli organi dello stato, o anche ai privati, di riconoscere quella competenza e di applicare la legge indicata: è la vera norma di applicazione, la *Anwendungsnorm* dei tedeschi, che appartiene sempre, anche intrinsecamente considerata, al diritto interno. In ogni caso dunque, e ciò basta per lo scopo di questo studio, il giudice chiamato a risolvere le questioni di diritto internazionale privato ha dinanzi a sè il comando del legislatore di applicare una od un'altra legge: sia questo comando la conseguenza di un vero e proprio dovere internazionale dello stato, o sia la conseguenza della posizione che lo stato stesso liberamente assume di fronte ad un problema che il diritto internazionale non risolve, certo è che la norma d'applicazione emanata dal legislatore non è e non può essere che una norma di diritto interno. E come tale il giudice l'interpreta e l'applica (1).

---

osservato da altri, quella partizione non ha senso applicata al contenuto delle norme di diritto internazionale. (Confr. v. MARTITZ, *op. cit.*, vol. I, pag. 414; TEZNER, *System der sub. öff. Rechte* ecc., pag. 225; NIPPOLD, *op. cit.*, pag. 262 e segg.; HEILBORN, *System*, pag. 412 e seg., e altrove; TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 212, nota 1; J. v. HELD, *Grundzüge des allgemeinen Staatsrechts*, Leipzig 1868, pag. 275 e seg., (ap. TRIEPEL, *loc. cit.*).

(1) Tengo a ripetere, a scanso di facili equivoci, che questa conclusione si riferisce *soltanto* al caso in cui nello stato esiste una norma, la quale ordina al giudice di applicare una data legge, ma non pregiudica affatto la tesi dell'applicabilità del diritto internazionale da parte degli organi giudiziari interni, posto che il legislatore non abbia emanato norme relative a questa materia, perchè il caso rientrerebbe manifestamente nell'applicazione del diritto internazionale alle questioni pregiudiziali o incidentali connesse con le controversie regolate dal diritto interno. La questione della legge applicabile ad un dato fatto è una questione pregiudiziale rispetto al regolamento del fatto stesso, ossia rispetto alla controversia principale portata dinanzi al giudice. Ed anche questa è una nuova conferma della tesi che io sostengo, cioè che i problemi di competenza legislativa fra i vari stati, considerati in sè stessi, attengono al diritto internazionale; essi infatti si comportano, rispetto ai casi che li fanno sorgere, precisamente come ogni altra

Così l'osservazione accurata dei rapporti fra il diritto interno ed il diritto internazionale, in quelle materie dove i contatti fra l'uno e l'altro sono più frequenti, e più sottili le linee di distinzione, dimostra vero in ogni caso quel principio generale, che mi parve poter desumere dalla stessa concezione positiva della nostra scienza; vale a dire che il diritto internazionale non è suscettivo di applicazione diretta da parte delle autorità giudiziarie interne. E per la stretta relazione che passa fra questo principio ed i presupposti scientifici da cui fu desunto, può ben dirsi che la dimostrazione della verità dell'uno sia, in pari tempo, riprova della bontà e del valore degli altri.

Non mi par necessario fermarmi a dimostrare quali conseguenze derivino dal riconoscimento pieno ed aperto di questo principio, perchè ognuno vede facilmente da sè quante inesattezze e quanti errori nell'applicazione quotidiana delle norme giuridiche di cui abbiamo parlato trovino in esso la loro natu-

---

questione regolata dal diritto internazionale, rispetto al fatto, regolato dal diritto interno, che la determina: come, ad esempio, per applicare la diminuzione di pena stabilita dall'art. 5 del cod. pen. italiano, può essere necessario, in taluni casi, di risolvere la questione se il reato sia stato commesso o no nel territorio dello stato, applicando i principî del diritto internazionale, così, dove esistessero principî di questo diritto relativi alla determinazione della competenza legislativa, il giudice potrebbe, in base ad essi, risolvere la questione della legge applicabile, e procedere quindi alla definizione della controversia portata dinanzi a lui, applicando la legge ritenuta competente. L'argomento doveva, per questo lato, riserbarsi al capitolo successivo; ma nel diritto internazionale privato contemporaneo prevalgono di gran lunga le norme interne di collisione, ossia le norme interne che tengon luogo del diritto internazionale non ancora formato, e mi è parso più opportuno esaminare la questione da questo punto di vista: il lettore vede chiaramente da sè qual parte delle osservazioni fatte non avrebbe più ragion d'essere, ove la materia fosse regolata dal diritto internazionale ed il legislatore, partendo dal concetto, discusso, del resto, e discutibile, come già osservai, che le norme d'applicazione contengono un comando rivolto soltanto al giudice e non alla condotta individuale, non avesse creduto opportuno di emanarle.

rale correzione, come molti problemi assumano un aspetto assai diverso da quello sotto il quale vengono di solito presentati, e la funzione del giudice si delinei con criteri assai più precisi e determinati. Vero è, però, che la forza di certe esigenze si manifesta anche là dove la mente umana non ne ha colto ancora l'esatto significato; ed infatti le inesattezze e gli errori sono più spesso nel linguaggio e nei concetti, che nelle conclusioni: equivocando sulla natura di certe norme, si attribuisce al giudice una funzione diretta nell'applicazione del diritto internazionale, ma in realtà, poi, il più delle volte questo principio si dimentica o si abbandona, e, con felice incoerenza, si arriva a conclusioni più giuste e più vere di quelle che le premesse lascerebbero attendere. Nondimeno è ben raro che nella scienza giuridica, che richiede soprattutto rigorosa precisione di concetti e di parole, un pensiero od anche una formula inesatta o sbagliata non traggano seco altri errori ed inconvenienti molteplici; ed è facile, infatti, trovare nelle materie, di cui ho delineato sotto uno speciale aspetto i caratteri, questioni mal poste, indagini male avviate e specialmente idee vaghe, imprecise, non giustificate. Si pensi un momento alle difficoltà che ha sollevato la dottrina dei delitti individuali contro il gius delle genti, per esempio la pirateria; alle arbitrarie o inesatte distinzioni che si son fatte fra trattati riguardanti gli interessi privati e trattati atti di governo; alla singolare teoria, ed ebbe pure il suo quarto d'ora di fortuna, secondo la quale i tribunali applicherebbero, ma non interpreterebbero i trattati internazionali, quasichè applicare un principio giuridico non volesse dire nello stesso tempo e necessariamente anche interpretarlo; si pensi, infine, per prendere un esempio assai vicino a noi e di tempo e di luogo, all'interpretazione prevalsa nella giurisprudenza nostra intorno alla clausola finale dell'art. 8 delle disposizioni preliminari al codice civile italiano ed alle ragioni su cui si è cercato di fondarla [1]; si

[1] Le pagine e le note precedenti contengono su tutti questi punti larghe indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali, cui mi riferisco senz'altro aggiungere.

pensi, dico, a tutti questi argomenti, e si veda quanta parte non vi ha avuto l'erroneo modo d'intendere la funzione del giudice rispetto al diritto internazionale.

Piuttosto gioverà osservare che dalle nostre conclusioni non esce punto diminuita, ma soltanto meglio circoscritta e determinata, la necessità di una conoscenza profonda e sicura del diritto internazionale per chi è chiamato dalla funzione sua all'interpretazione ed applicazione del diritto interno. Sono norme giuridiche interne quelle con cui il giudice deve decidere le controversie delle quali è investito; ma quali e quanto complessi e delicati rapporti non legano queste norme ai principi ed alle regole del diritto internazionale! e come si potrebbe attendere una sicura conoscenza ed un'interpretazione esatta di quelle, senza la conoscenza sicura e completa di queste? È possibile intendere rettamente una legge, ove si concreta l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere internazionale dello stato, senza conoscere questo diritto o dovere? Ed una legge, che completa o integra un imperfetto sistema di principî giuridici interstatuali, potrà mai essere con sicurezza intesa ed applicata da chi di quel sistema non conosca a fondo i caratteri, le esigenze, le imperfezioni? Ben altro risultato noi dobbiamo ricavare dalle considerazioni esposte; e non vi è bisogno neppure di accennarlo.

Mi sia permesso invece, a scanso di equivoci, e quasi riepilogando un pensiero che non ho mai formulato e sempre sottinteso, di dire, che la distinzione, non arbitraria ed artificiosa, ma raccolta dalla realtà oggettiva delle cose ed imposta dalla retta interpretazione dei principî giuridici, fra le norme di diritto internazionale, che riguardano soltanto gli stati e per questi soltanto creano diritti e doveri, e tutte quelle molteplici e svariate regole, che nell'interno di ogni stato riguardano rapporti, o rivolgono ai privati ed ai funzionari comandi e divieti, che con le relazioni internazionali più o meno direttamente si collegano, non esclude davvero che la scienza del diritto internazionale si occupi anche di queste norme giuridiche interne e, dal punto di vista proprio, le faccia oggetto di studio. La conoscenza del sistema del diritto internazionale

riuscirebbe troppo incompleta, sarebbe anche, in talune materie, impossibile o inesatta [1], se lo studioso non rivolgesse la sua attenzione a questo vasto materiale positivo e non sapesse, con sicura padronanza, sussumerlo nell'ordine dei principi, che sono oggetto immediato delle sue investigazioni. Per questo, e soltanto per questo, ho sostenuto altrove che lo studio delle leggi interne relative al diritto internazionale privato può e deve essere accolto nella scienza del diritto internazionale, pur rispettando quella parte che ne spetta ai cultori del diritto interno [2].

Ma questa sussunzione delle norme giuridiche di cui parlo nel sistema del diritto internazionale può essere proficua ed è lecita solo ad una rigorosa condizione, che, cioè, non si dimentichi, come troppo spesso è accaduto ed accade, il carattere proprio di quelle norme giuridiche, o, peggio ancora, non si alteri con assurde ed impossibili trasformazioni. Ogni norma giuridica interna ha, perchè tale, caratteri suoi propri, ben diversi da quelli delle norme giuridiche internazionali, che nessun artificio più o men dotto di scienziati può cancellare o distruggere. Anche nel sistema del diritto internazionale le leggi interne sono e restano leggi interne: solo a patto di riconoscere pienamente questa verità e tutte le conseguenze che ne derivano, può la scienza nostra pretendere di considerarle come oggetto de' suoi studi, e nutrire la speranza, certamente non infondata, di fornirne al giureconsulto una cognizione più profonda e completa di quella che potrebbe permettergli di conseguire il solo punto di vista della scienza del diritto interno.

---

(1) Sull'importanza delle leggi interne per determinare l'esistenza ed il contenuto di principî giuridici internazionali, vedi le osservazioni e le citazioni nella nota 1 a pag. 143 e segg. Esse si riferiscono specialmente alle leggi interne di diritto internazionale privato, ma possono e debbono senza dubbio estendersi a moltissimi altri argomenti.

(2) *Studi critici*, specialm. pag. 162 e segg.

CAPITOLO TERZO

L'applicazione giudiziaria del diritto internazionale in via pregiudiziale o incidentale.

Con questo, però, è tutt'altro che esaurito il nostro argomento. Ho escluso che le autorità giudiziarie interne possano essere chiamate ad applicare il diritto internazionale direttamente, ossia ad applicarlo alla risoluzione delle controversie di cui sono investite, perchè le controversie regolate dal diritto internazionale son tali, per loro natura, che non possono mai venire dinanzi alle dette autorità, ed altre controversie, la cui conoscenza è normalmente attribuita ai tribunali interni, se a prima vista paiono sottoposte al diritto internazionale, in realtà sono sempre regolate da norme giuridiche interne, quantunque in varia guisa dipendenti dal diritto internazionale o con esso collegate. In tutti questi casi il diritto internazionale può fornire al giudice i criteri necessari per la retta interpretazione del principio giuridico applicabile, non mai la norma che risolve la controversia.

Ma può darsi, invece, che il bisogno di tener conto dei principî e delle regole del diritto internazionale sorga nel corso di un processo regolato dal diritto interno e spettante, perciò, ai tribunali interni; sorga, cioè, sotto forma di questione pregiudiziale o incidentale per la risoluzione di una controversia, che non è regolata dal diritto internazionale. Accade frequentemente, infatti, che l'applicazione di una norma giuridica interna dipenda da premesse di fatto o di diritto, che non possono essere stabilite se non in base alle norme giuridiche internazionali. Tutte le raccolte di giurisprudenza pratica

offrono esempi numerosi di casi siffatti; si può dire, anzi, che non vi sia parte o materia del diritto internazionale, che non abbia dovuto esser presa in considerazione dai giudici nella soluzione di questioni d'altro genere. Personalità e condizione giuridica internazionale degli stati (¹): condizione giuridica internazionale di singole provincie o territori (²):

(¹) Corte suprema degli Stati Uniti d'America, *Cherokee Nation v. State of Georgia*, 1829, *5 Peters Reports* 1, ap. COBBETT, *op. cit.*, pag. 1 e segg. (condizioni necessarie per l'esistenza giuridica internazionale di uno stato); alta corte di giustizia inglese, *The « Charkieh »*, 1873, *Law Reports, 4 Adm. and Eccl.* 59, ap. COBBETT, *op. cit.*, pag. 6 e segg. (condizione giuridica internazionale dell'Egitto); corte d'appello di Algeri 20 maggio 1890, *Journ. du dr. intern. privé*, vol. XVII, 1890, pag. 649 (condizione giuridica internazionale della Tunisia); tribunale di Bruxelles 28 luglio 1890, *Journ.*, vol. XVIII, 1891, pag. 1012 (condizione giuridica internazionale dello stato del Congo); corte d'appello mista di Alessandria d'Egitto 24 gennaio 1895, *Journ.*, vol. XXIII, 1896, pag. 209 e seg. (capacità giuridica internazionale dell'Egitto); corte suprema dell'impero Austriaco 5 maggio 1896, *Journ.*, vol. XXV, 1898, pag. 178 e segg (condizione giuridica internazionale della Bulgaria rispetto alla Turchia); corte d'appello di Atene, decisione n. 915 del 1897, *Journ.*, vol. XXV, 1898, pag. 962 e seg. (condizione giuridica internazionale dell'Egitto); corte d'appello di Bukarest 16-28 febbraio 1901, da un articolo di G. FLAISCHLEN, *Les attributions judiciaires des consuls étrangers en Roumanie*, nella *Rev. de droit intern.*, serie 2ª, vol. IV, 1902, a pag. 238 e segg. (condizione giuridica internazionale della Rumania); corte d'appello di Napoli 29 novembre 1901, *Dritto e giurisprudenza*, XVII, 602, *Annali della giurisprudenza italiana* 1902, 15 (caratteri e requisiti della personalità internazionale dello stato).

(²) Corte suprema dell'impero austriaco 31 ottobre 1882, *Journ.*, vol. XIII, 1886, pag. 461 (relativamente alla Bosnia ed Erzegovina); corte d'appello di Liegi 23 giugno 1887, *Journ.*, vol. XVI, 1889, pag. 494 (relativamente al territorio neutralizzato di Moresnet); tribunale federale svizzero 20 giugno 1891, BÖHM's *Zeitsch.*, vol. I, 1890, pag. 625 e segg. (condizione giuridica internazionale dei territori coloniali in genere, ed in specie di quello di Massaua in seguito alla occupazione italiana); tribunale dell'impero germanico 10 agosto 1898,

caratteri e natura giuridica degli stati composti nei rapporti internazionali; effetti internazionali della loro formazione [1]:

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, vol. XXXVI, n. 259, Böhm's *Zeitsch.*, vol. X, 1900, pag. 66 e seg. (condizione giuridica del territorio comune neutralizzato di Moresnet). Anche il tribunale supremo di guerra e marina in Italia aveva avuto occasione di esaminare la condizione giuridica internazionale della Bosnia ed Erzegovina, per giudicare della legalità di una estradizione accordata dal governo austriaco: ma, ritenendo di non potere istituire l'indagine sulla legalità dell'estradizione di fronte al fatto compiuto, si astenne dal risolvere la questione accennata, che il ricorrente aveva esplicitamente proposto, richiamandosi all'art. 25 del trattato di Berlino. (Decisione 18 maggio 1891; da una comunicazione dell'avv. Fioretti alla *Zeitschrift* del Böhm, vol. II, pag. 394 e segg.).

[1] Cass. Roma 11 gennaio 1881, *Gazzetta del Procuratore*, vol. XVI, pag. 24 (caratteri distintivi dell'unione di stati in confronto allo stato unitario, natura giuridica internazionale dell'impero austriaco); corte d'appello di Parigi 19 giugno 1894, *Journ.*, vol. XXI, 1894, pag. 1032 e seg. (se uno stato che fa parte di uno stato federale, il cantone di Ginevra nella specie, esista, come tale, di fronte agli stati esteri); tribunale di prima istanza di Bruges (Belgio) 20 maggio 1895, *Journ.*, vol. XXIII, 1896, pag. 657 e segg. (se l'impero germanico costituisca una personalità di diritto internazionale, o sia soltanto una riunione di stati diversi); corte d'appello di Bruxelles 31 dicembre 1896, *Journ.*, vol. XXVI, 1899, pag. 858 e seg. (condizione giuridica internazionale degli Stati Uniti d'America; se costituiscano un ente giuridico distinto dai singoli stati). Si ricollegano pure a questo argomento varie sentenze del tribunale supremo dell'impero germanico relative all'effetto che produce l'entrata di uno stato in una confederazione o in uno stato federale sui trattati da quello precedentemente conclusi; vedi *Entscheid. d. R. G. in Civilsachen*, vol. III, pag. 75, vol. XXIV, pag. 12 e segg., *Entscheid. d. R. G. in Strafsachen*, vol. IV, pag. 272: vedi pure tribunale federale svizzero 30 gennaio 1892, Böhm's *Zeitsch.*, vol. II, 1892, pag. 502 e seg. (se rimanga in vigore la convenzione 21 maggio 1867 fra il cantone di Aargau ed il granducato di Baden, relativa all'esecuzione reciproca delle sentenze civili, nonostante l'attuazione del codice unico di procedura civile per l'impero germanico), e corte di circuito di New York ottobre 1874, *Journ.*; vol. II, pag. 38

diritti dello stato protettore o *suzerain* verso lo stato protetto o dipendente; natura giuridica dei rapporti intercedenti fra l'uno e l'altro ([1]): governi di fatto, loro legittimazione ed effetti nei rapporti internazionali ([2]): acquisto

---

e seg. (se la riunione dei regni di Prussia e di Baviera nell'impero germanico abbia prodotto l'estinzione dei trattati conclusi fra gli Stati Uniti da un lato, la Prussia e la Baviera dall'altro).

([1]) Cass. francese 9 maggio 1845, *Sirey* 45, I, 396 (in tema di estradizione); cass. francese 12 maggio 1859, *Sirey* 59, I, 975 (in tema di giurisdizione penale); corte d'assise del Senegal 20 giugno 1882, *Journ.*, vol. X, 1883, pag. 281 e seg. (in tema di giurisdizione penale); tribunale correzionale di Tunisi 17 marzo 1885, *Journ.*, vol. XIII, 1886, pag. 453 (relativamente alla validità di alcuni decreti emanati dal Bey di Tunisi ed approvati dal governo francese); consiglio di stato francese in sede contenziosa 18 dicembre 1891, *Journ.*, vol. XIX, 1892, pag. 718 (natura giuridica dei rapporti intercedenti fra lo stato protettore e lo stato protetto); cass. francese 2 giugno 1892, *Journ.*, vol. XX, 1893, pag. 836 (carattere dei consigli di guerra francesi istituiti nella reggenza di Tunisi); cass. francese 27 ottobre 1893, *Dalloz* 94, I, 424 (in tema di giurisdizione penale); cass. francese 26 luglio 1894, *Dalloz* 95, I, 5, e 18 marzo 1895, *Journ.*, vol. XXII, 1895, pag. 821 (effetti dello stabilimento del protettorato francese in Tunisia, per determinare la legge applicabile agli immobili ivi situati); tribunale civile della Senna 11 febbraio 1898, *Journ.*, vol. XXV, 1898, pag. 910 (se un atto compiuto in uno stato protetto dalla Francia debbasi considerare, rispetto a questa, come compiuto all'estero); consiglio permanente di revisione in Algeri 5 luglio 1900, *Journ.*, vol. XXVII, 1900, pag. 974 e seg. (diritti dello stato protettore sulle acque territoriali dello stato protetto); corte d'appello di Napoli 29 novembre 1901, *Dritto e Giurisprudenza*, XVII, 602, *Annali* 1902, 15 (natura giuridica del conflitto armato fra lo stato *suzerain* e lo stato dipendente). Per altre questioni relative a questa materia, che hanno occupato la giurisprudenza pratica, vedi « *Questions de compétence soulevées en matière pénale par l'établissement du protectorat de la France sur la Tunisie* », nel *Journ.*, vol. XXI, 1894, pag. 754 e segg.; vedi anche vol. XXII, 1895, pag. 782 e seg.

([2]) Corte d'appello di Roma 23 febbraio 1876, *Legge* 1876, 331 (relativa alla repubblica romana del 1848 ed al valore degli atti da

essa compiuti, rispetto al governo legittimo succedutole); tribunale di Brescia 5 marzo 1879, *Monitore dei Tribunali*, 1879, 336; corte d'appello di Roma 14 novembre 1879, *Fòro italiano*, 1879, I, 1145; corte d'appello di Brescia 17 dicembre 1879, *Mon. Trib.*, 1880, 123; corte d'appello di Milano 3 luglio 1882, *Fòro*, 1882, I, 1155; corte d'appello di Milano 7 luglio 1882, *Fòro*, 1882, I, 1192; cassazione di Torino 22 aprile 1885, *Fòro*, 1885, I, 543; cass. di Torino 2 giugno 1885, *Fòro*, 1885, I, 554; corte d'appello di Torino 17 luglio 1886, *Mon. Trib.*, 1887, 9 (tutte relative alla questione della natura del governo provvisorio di Lombardia del 1848, ne' suoi rapporti con gli stati austriaco e piemontese). Tribunale civile della Senna 25 maggio 1882, *Journ.*, vol. X, 1883, pag. 42 e seg. (se la missione diplomatica cessi per la nomina di un nuovo agente compiuta dal governo di fatto); corte d'appello di Parigi 9 giugno 1891, *Journ.*, vol. XVIII, 1891, pag. 880 e seg. (se un governo straniero di fatto abbia capacità a stare in giudizio; la sentenza si riferisce alla insurrezione dei Congressisti nel Cile contro il presidente legittimo Balmaceda); tribunale civile della Senna 18 luglio 1891, *Journ.*, vol. XX, 1893, pag. 824 (condizione giuridica degli agenti o rappresentanti di un governo di fatto). Corte di appello di Bruxelles, 10 luglio 1888, *Journ.*, vol. XVI, 1889, pag. 716 (sul dovere dello stato di riconoscere le obbligazioni contratte da un governo provvisorio). Tribunale di commercio di Amburgo 10 gennaio 1867, trib. di appello di Amburgo 17 gennaio 1868 e trib. superiore di Lübeck 29 settembre 1868, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, vol. XIX, pag. 249 (carattere giuridico degli Stati Confederati di America nei loro rapporti con gli Stati Uniti durante la guerra di secessione); corte suprema di Lipsia gennaio 1892, *Journ.*, vol. XIX, 1892, pag. 1090 (condizione giuridica del principe Ferdinando di Bulgaria eletto contrariamente alle disposizioni dell'art. 3 del trattato di Berlino). Alta corte di giustizia inglese: *The King of the two Sicilies* v. *Wilcox*, 1 Sim. N. S. 301, ap. COBBETT, *op. cit.*, pag. 12 e seg. (rivendicazione, da parte del re delle due Sicilie, di una nave acquistata dal governo provvisorio di Sicilia durante la rivoluzione); *The United States* v. *Prioleau*, 35 L. J. Ch. N. S. 7, ap. COBBETT, *op. cit.*, pag. 13, e *The United States of America* v. *M. Rae*, L. R. 8 Eq. 69, ap. COBBETT, *op. cit.*, pag. 9 e segg. (circa il valore dei diritti acquistati e delle obbligazioni contratte da un governo di fatto rispetto al governo legittimo che gli succede); stessa corte 7 agosto 1894, *Journ.*, vol. XXII, 1895, pag. 857 e seg. (sul dovere del governo di fatto, che si sostituisce a quello legit-

dei territori per occupazione; suoi requisiti ed effetti [1]: incorporazioni e mutazioni territoriali in genere; loro effetti riguardo ai trattati, alle leggi, alle sentenze, alla cittadinanza degli abitanti ecc. [2]: trasmissione degli obblighi patrimo-

---

timo, di rispettare le obbligazioni assunte da questo). Corte suprema degli Stati Uniti d'America novembre 1897, *Journ.*, vol. XXV, 1898, pag. 407 e segg. (valore e carattere degli atti compiuti da un governo di fatto; incompetenza dei tribunali americani a giudicare degli atti compiuti da un governo di fatto straniero nello stesso modo e per le stesse ragioni che se si trattasse del governo legittimo): vedansi anche i casi *Rose* v. *Himely, Ford* v. *Surget*, *Divina Pastora, Nuestra Señora, Luther* v. *Borden*, ap. WHARTON, *Digest*, vol. I, § 69 (relativi al carattere giuridico degli Stati Confederati nella guerra di secessione).

[1] Corte d'appello di Ancona 10 aprile 1889, *Mon. Trib.*, 1889, 894; tribunale civile di Libreville (Congo francese) 11 gennaio 1902, *Journ.*, vol. XXX, 1903, pag. 327 e segg.

[2] Vedasi anzitutto una sentenza del tribunale di Papeete (isole Tahiti) del 17 giugno 1890, *Journ.*, vol. XVIII, 1891, pag. 158 e seg., circa al momento perfezionativo ed alle condizioni di validità dell'annessione in genere. Discutono pure, in generale, gli effetti delle mutazioni territoriali rispetto all'ordinamento giuridico dei territori ceduti o annessi, le seguenti sentenze: tribunale dell'impero germanico 9 novembre 1898, BÖHM's *Zeitsch.*, vol. IX, 1899, pag. 470 e segg.; suprema corte di giustizia inglese, comitato giudiziario del consiglio privato, 1 agosto 1899, *Journ.*, vol. XXVIII, 1901, pag. 161 e segg.; corte distrettuale degli Stati Uniti a S. Paolo, *Journ.*, vol. XXVIII, 1901, pag. 598 e seg. Vera e propria questione di diritto internazionale, frequentemente risoluta per determinare i limiti di applicabilità, sia del trattato come tale, sia, più spesso, delle norme giuridiche interne derivanti dal trattato, è quella « se e quando i trattati internazionali conclusi dallo stato annettente si estendano allo stato o alle provincie annesse »: vedansi, ad esempio, cass. francese 30 gennaio 1867, *Sirey*, 67, I, 117; Montpellier 10 luglio 1872, *Sirey*, 72, II, 139; Aix 8 novembre 1875, *Sirey*, 76, II, 134; cass. francese 5 novembre 1878, *Sirey*, 79, I, 126; Parigi 13 febbraio 1883, *Journ.*, vol. X, 1883, pag. 286 e seg.; tribunale di Havre 8 gennaio 1885, *Journ.*, vol. XII, 1885, pag. 293 e seg.; tribunale civile di Algeri 1 giugno 1887, *Journ.*, vol. XV, 1888, pag. 510; corte d'appello di Algeri 29 marzo 1890, *Journ.*, vol. XXVI,

1899, pag. 782 e seg.; cass. Roma 16 gennaio 1892, *Fòro*, 1892, II, 153 e seg. E corrispondentemente, la questione degli effetti dell'incorporazione o annessione rispetto ai trattati conclusi dal paese incorporato o relativi alla provincia annessa: vedansi; Parigi 27 agosto 1864, *Sirey*, 67, I, 118; corte di circuito di New York ottobre 1874, *Journ.*, vol. II, 1875, pag. 38; tribunale di S. Quentin 30 ottobre 1885, *Journ.*, vol. XV, 1888, pag. 99; tribunale superiore di Kolmar 2 aprile 1886, ap. VINCENT ET PENAUD, *Dictionnaire de droit international privé*, Paris 1888, v. *Annexion*, n. 475.

Sebbene, propriamente parlando, riguardino questioni di diritto pubblico interno, tuttavia implicano quasi sempre l'applicazione di principî di diritto internazionale consuetudinario o stabiliti in apposite disposizioni dei trattati, le sentenze relative all'estensione delle leggi dello stato annettente nel territorio annesso, al valore ed all'effetto delle decisioni giudiziarie pronunziate rispettivamente nell'uno e nell'altro prima dell'annessione, alla cittadinanza degli abitanti, e via dicendo. Vedansi, ad esempio, quanto al primo punto: cassazione francese 14 dicembre 1846, *Sirey*, 47, I, 49, e 3 ottobre 1857, *Sirey*, 57, I, 875; cassazione Torino 30 settembre 1875, *Mon. Trib.*, 1875, pag. 1229; corte del Madagascar 8 maggio 1897, *Journ.*, vol. XXV, 1898, pag. 105; tribunale superiore di Papeete 22 settembre 1898, *Journ.*, vol. XXVI, 1899, pag. 595 e segg. Quanto al valore delle decisioni giudiziarie pronunziate nel territorio annesso, prima dell'annessione, rispetto allo stato annettente o smembrato, vedi, ad esempio, corte d'appello di Casale 25 maggio 1867, *Giurisprudenza di Torino*, III, 365; corte d'appello di Lucca 19 giugno 1871, *Annali*, 1871, 2, pag. 328; corte d'appello di Roma 27 maggio 1872, *Annali*, 1872, 2, pag. 260; cassazione di Firenze 2 dicembre 1872, *Annali*, 1872, 1, pag. 366; corte d'appello di Firenze 16 giugno 1873, *Annali*, 1873, 2, 474. E nella giurisprudenza francese: cassazione 27 agosto 1812, *Journ. Pal.*, 1812, pag. 692; 7 luglio 1862, ap. DEMANGEAT *sur* FOELIX, *Traité de droit international privé*, Paris 1866, vol. II, n. 363; 17 aprile 1863, *Sirey*, 64, 1, 98; 14 aprile 1868, *Sirey*, 69, 1, 333; corte d'appello di Parigi 9 giugno 1874, *Journ*, vol. II, 1875, pag. 188; cassazione 30 aprile 1885, *Journ*, vol. XIV, 1887, pag. 603 (ivi citate, in nota, anche cassazione 19 aprile 1819 e 4 gennaio 1861). Fra le numerosissime sentenze relative agli effetti dell'incorporazione o annessione sulla cittadinanza degli abitanti, vedansi, come esempio di applicazione pregiudiziale o incidentale di principî di diritto internazionale: cassazione di Torino 11 giugno 1874, *Journ.*, vol. II, 1875, pag. 138;

niali degli stati nelle mutazioni territoriali (1): confini degli

---

cassazione di Roma 20 maggio 1876, *Fòro,* 1876, I, 769: cass. francese 3 agosto 1871, *Sirey*, 71, 1, 200; 12 gennaio 1874, *Dalloz*, 75, 1, 333; 19 agosto 1874, *Sirey*, 75, 1, 52; 6 marzo 1877, *Sirey*, 79, 1, 305; 7 dicembre 1883, *Dalloz*, 84, 1, 209; 25 febbraio e 22 aprile 1890, *Revue pratique de droit international privé*, 1890-91, pag. 17 e seg.; 29 giugno 1893, *Journ.*, vol. XXII, 1895, pag. 390 e segg.; corte d'appello di Chambéry 22 dicembre 1862, *Sirey*, 63, 2, 113; di Parigi 11 giugno 1883, *Journ.*, vol. X, 1883, pag. 505 e seg.; di Douai 11 luglio 1885, *Journ.*, vol. XIV, 1887, pag. 742 e seg.; di Amiens 26 novembre 1891, *Le Droit*, 28-29 dicembre 1891; tribunale civile della Senna 12 novembre 1892, *Journ.*, vol. XX, 1893, pag. 563; tribunale civile di Tamatava (Madagascar) 28 agosto 1893, *Journ.*, vol. XXI, 1894, pag. 115 e seg.: tribunale dell'impero germanico 8 gennaio 1884, *Journ.*, vol. XII, 1885, pag. 332. Numerose decisioni delle corti americane su quest'argomento in Wharton 's *Digest*, vol. II, §§ 187-188.

(1) L'osservazione fatta da alcuni scrittori (Rivier, *Principes*, vol. I, pag. 70, v. Liszt, *op. cit.*, pag. 175), secondo i quali questa materia sarebbe estranea al diritto internazionale, confonde due cose nettamente distinte; l'oggetto della trasmissione con la causa che la determina e coi rapporti d'ordine internazionale indotti dalla trasmissione stessa. Senza dubbio, le pretese che si avanzano verso lo stato per questo titolo sono di diritto interno; ma presuppongono delle relazioni fra gli stati, che sono certamente regolate da norme giuridiche internazionali e che spesso si collegano a negozi giuridici internazionali (trattati-contratti); onde le decisioni giudiziarie relative implicano quasi sempre l'applicazione pregiudiziale o incidentale del diritto internazionale. Ciò è in modo particolarissimo evidente in alcune sentenze, che, per ammettere o respingere la pretesa del privato, hanno dovuto prima decidere a quale degli stati interessati incombesse l'obbligo corrispondente; vedi ad esempio: cassazione di Torino 8 gennaio 1876, *Fòro*, 1876, I, 220; 22 giugno 1877, *Giurisprudenza it.*, 1877, 996; 6 febbraio 1880, *Giur. it.*, 1880, 760; 7 settembre 1880, *Giur. it.*, 1880, 1314; 28 dicembre 1880, *Fòro*, 1881, 1, 283; 19 febbraio 1881, *Fòro,* 1881, 1, 553; cassazione di Firenze 17 maggio 1880, *Giur. it.*, 1880, 1167, che correttamente afferma l'incompetenza dei tribunali italiani in confronto allo stato straniero cui si pretende faccia carico il debito in questione, mentre la cassazione di Roma nella sentenza

12 ottobre 1893, *Giur. it.*, 1894, 145, sovvertendo ogni criterio di diritto, ammette di potere interpretare il valore di un trattato in confronto ad ambedue gli stati contraenti per decidere a quale di essi incomba il debito controverso! Vedansi inoltre: cassazione di Firenze 25 maggio 1896, *Giur. it.*, 1896, 662; corte d'appello di Venezia 2 agosto 1877, *Temi veneta*, 1877, 392; di Milano 10 novembre 1877, *Giur. it.*, 1878, 118, e 9 novembre 1880, *Giur. it.*, 1880, 514; di Lucca 8 marzo 1880, *Annali*, 1880, 2, 296; di Venezia 6 agosto 1895, *Giur. it.*, 1896, 98. Fra le sentenze straniere notevole una della corte suprema dell'impero austriaco 14 aprile 1891, Böhm's *Zeitsch.*, vol. II, pag. 72 e seg.

Ma, anche se meno esplicita, una questione pregiudiziale di diritto internazionale si riscontra risoluta in quasi tutte le numerosissime sentenze relative a questo argomento, dovendosi, in ogni caso, determinare almeno qual sia la vera e propria natura giuridica dei fatti cui si connette la trasmissione dell'obbligo controverso, qual sia il vero e proprio oggetto del diritto dello stato che se ne incorpora un altro o si annette nuovi territori; determinazione che non può esser data se non dal diritto internazionale. Vedansi ad esempio: cassazione Palermo 15 gennaio 1870, *Mon. Trib.*, 1871, 460; 5 gennaio 1877, *Circolo Giuridico*, 1877, 202; cass. Firenze 15 marzo 1877, *Fòro*, 1877, 1, 484; cass. Torino 6 luglio 1877, *Fòro*, 1877, 1, 198; cass. Firenze 21 luglio 1878, *Fòro*, 1878, 1, 715; cass. Torino 18 aprile 1879, *Fòro*, 1879, 1, 505; cass. Firenze 15 dicembre 1879, *Mon. Trib.*, 1880, 114; cass. Torino 21 dicembre 1881, *Fòro*, 1882, 1, 119, e 29 dicembre stesso anno, *Fòro*, 1882, 1, 603; cass. Roma 29 maggio 1884, *Fòro*, 1884, 1, 531; cass. Firenze 17 dicembre 1894, *Temi veneta*, 1895, 29; cass. Roma 30 giugno 1898, *Giur. it.*, 1898, 921; corte d'appello di Firenze 23 ottobre 1871, *Mon. Trib.*, 1872, 133; di Torino 4 luglio 1876, *Fòro*, 1877, 1, 190; di Milano 10 novembre 1876, *Mon. Trib.*, 1877, 1138; di Venezia 1 agosto 1878, *Temi veneta*, 1878, 428; di Brescia 28 ottobre 1878, *Mon. Trib.*, 1879, 558; di Venezia 19 giugno 1879, *Temi veneta*, 1879, 343; di Messina 9 luglio 1879, *Fòro, Rep.* 1880, v. *Stato*, n. 14-17; di Lucca 15 luglio 1880, *Giur. it.*, 1880, 868; di Venezia 22 giugno 1889, *Temi veneta*, 1889, 390; di Perugia 29 settembre 1890, *Annali*, 1890, 416; di Bologna 5 marzo 1891, *Annali*, 1891, 127. Vedi pure, fra le sentenze straniere relative a quest'argomento: cassazione francese 8 marzo 1865, *Sirey*, 65, 1, 108, e 13 luglio 1897, *Journ.*, vol. XXVII, 1900, pag. 780 e seg.; tribunale dell'impero germanico 24 settembre 1886, *Entscheid. d. R. G. in Civilsachen*, vol. XVI, pag. 263; e le decisioni citate in Wharton, *Digest.*, vol. I, § 5-6.

stati ([1]): estensione del mare territoriale e natura dei diritti dello stato sopra di esso ([2]): condizione giuridica dei canali e stretti ([3]): condizione giuridica delle navi mercantili e da guerra in alto mare, nel mar territoriale, nei porti ([4]): natura

---

([1]) Vedi, in proposito, una sentenza del tribunale dell'impero germanico nelle *Entscheid. d. R. G. in Strafsachen*, vol. IX, pag. 370 e segg., relativa alla determinazione della linea di confine nei fiumi divisori.

([2]) Cassazione Torino 19 agosto 1885, *Journ.*, vol. XIV, 1887, pag. 241; cassazione Napoli 10 dicembre 1892, *Legge*, 1893, I, 514; corte d'appello di Genova 10 dicembre 1894, *Fòro*, 1895, 1, 166. Cassazione francese 29 febbraio 1868, *Dalloz*, 68, 1, 412; tribunale di commercio di Marsiglia 21 dicembre 1900, *Journ.*, vol. XXVIII, 1901, pag. 518 e seg. Alta corte di giustizia inglese 1876, *The Queen* v. *Keyn*, 2 Ex. D. 63, ap. COBBETT, *op. cit.*, pag. 14 e seg.; corte di giustizia inglese a Shanghai novembre 1893, *Journ.*, vol. XXI, 1894, pag. 358 e seg. Giurisprudenza delle corti americane ap. WHARTON, *Digest*, vol. I, §§ 27, 32, vol. III, § 399. Corte suprema del Cile 21 aprile 1874, *Journ.*, vol. II, 1875, pag. 36 e seg. Tribunale supremo di giustizia del Portogallo 21 giugno 1880, *Journ.*, vol. VIII, 1881, pag. 177 e seg. Tribunale distrettuale di Merida (Messico) 30 novembre 1894, *Journ.*, vol. XXIII, 1896, pag. 217 e seg.

([3]) Tribunale misto d'Ismailia 5 marzo 1877, *Journ.*, vol. V, 1878, pag. 168 e seg.: esamina la condizione giuridica internazionale del canale di Suez, per determinare la competenza e la legge applicabile in un caso di abbordaggio.

([4]) Cassazione di Torino 14 aprile 1880, *Mon. Trib.*, 1880, 495; cassazione di Roma 9 novembre 1896, *Fòro*, 1896, II, 90; corte d'appello di Palermo 18 dicembre 1900, *Fòro, Rep.* 1901, v. *Reato commesso all'estero*, n. 2. Cassazione francese 3 agosto 1832, *Sirey*, 32, 1, 577; 25 febbraio 1859, *Dalloz*, 59, 1, 88; 29 febbraio 1868, *Dalloz*, 68, 1, 412; 11 febbraio 1881, *Sirey*, 82, 1, 433; corte d'appello di Algeri 19 agosto 1873, *Sirey*, 74, 2, 282; 14 marzo 1902, *Journ.*, vol. XXX, 1903, pag. 162 e seg.; trib. di polizia di Orano 4 novembre 1893, *Journ.*, vol. XX, 1893, pag. 1162; consiglio permanente di revisione d'Algeri 5 luglio 1900, *Journ.*, vol. XXVII, 1900, pag. 974. Tribunale dell'impero germanico 22 aprile 1880, *Annalen des Reichsgerichts*, vol. I, pag. 545; 18 giugno 1889, BÖHM's *Zeitsch.*,

ed estensione delle immunità diplomatiche; legittimazione dell'inviato diplomatico; influenza della guerra sulla durata della missione diplomatica ecc. (1): condizione giuridica e poteri dei consoli nei paesi cristiani e nei paesi di capitolazioni (2): na-

---

vol. I, pag. 61 in riassunto, e più estesamente nel volume III, pag. 428 e seg.; 21 ottobre 1892, Böhm's *Zeitsch.*, vol. III, pag. 173: altre due sentenze dello stesso tribunale, che applicano i principî del diritto internazionale relativi alla condizione giuridica delle navi in alto mare, in Goltdammer's *Archiv*, citato sopra, vol. III, pag. 658, vol. VII, pag. 344. Alta corte di giustizia inglese, 1880, « *The Parlement Belge* » *L. R. 5 P. D. 197*, ap. Cobbett, *op. cit.*, pag. 30 e seg.; « *The Exchange* v. *Mc. Fadden* » (1812), ap. Cobbett, *op. cit.*, pag. 32 e seg.; « *The Constitution* » (1879), ap. Cobbett, *op. cit.*, pag. 34 e seg.: corte di giustizia inglese a Shanghai novembre 1893, *Journ.*, vol. XXI, 1894, pag. 358 e seg. Corte suprema degli Stati Uniti 10 gennaio 1887, *Journ.*, vol. XV, 1888, pag. 417; e i casi « *The Marianna Flora* » « *Crepo* v. *Kelly* » « *Wilson* v. *Mc. Namee* » « *Re Moncan* » ap. Wharton, *Digest*, vol. I, § 33, pag. 121-22; « *United States* v. *Dickelmann* » *ibid*, § 35, pag. 129; « *United States* v. *Wiltberger* » « *Thomas* v. *Lane* » « *United States* v. *Coombs* » *ibid*, § 35 *a*, pag. 134-35.

(1) Vedasi la nota 1 a pag. 79 e segg.

(2) Quanto ai paesi di capitolazioni vedasi la nota 1 a pag. 71 e segg., dove sono indicate varie questioni pregiudiziali o incidentali di diritto internazionale, risolute dalla giurisprudenza, intorno alla condizione giuridica ed alla funzione giurisdizionale dei consoli nei detti paesi. Sentenze che applicano principî di diritto internazionale consuetudinario o risultante dai trattati circa la condizione giuridica ed i poteri dei consoli nei paesi di civiltà europea sono, ad esempio, le seguenti: corte di cassazione di Torino 31 marzo 1876, *Fòro*, 1876, II, 256; corte d'appello di Catania 16 aprile 1879, *Fòro*, *Rep.* 1879, v. *Console*, n. 1; di Genova 21 maggio 1880, *Fòro, Rep.* 1880, v. *Console*, n. 4-5; di Lucca 31 maggio 1881, *Fòro*, 1881, 1, 662; di Venezia 24 aprile 1894, *Giur. it.*, 1894, 524; tribunale di Firenze 20 dicembre 1887, *Diritto e giurisprudenza*, III, 321; di Napoli 5 giugno 1895, *Fòro*, *Rep.* 1896, v. *Console*. Cassazione francese 23 dicembre 1854, *Sirey*, 54, 1, 811; 13 ottobre 1864, *Sirey*, 66, 1, 33; 9 febbraio 1884, *Journ.*, vol. XI, 1884, pag. 61; 30 giugno 1884, *Journ.*, vol. XII, 1885,

tura giuridica ed effetti dei trattati internazionali; loro mo-

---

pag. 307; 17 giugno 1895, *Journ.*, vol. XXIV, 1897, pag. 168 e seg. Corte d'appello di Parigi 2 marzo 1868, *Sirey*, 69, 2, 332; 30 giugno 1876, *Journ* , vol. III, 1876, pag. 272; 8 gennaio 1886, *Journ.*, vol. XIII, 1886, pag. 76 e seg.; di Poitiers 4 novembre 1886, *Journ.*, vol. XIII, 1886, pag. 703; di Tolosa 18 marzo 1891, *Journ.*, vol. XVIII, 1891, pag. 494; di Bordeaux 17 luglio 1895, *Journ.*, vol. XXIV, 1897, pag. 164; d'Algeri 20 marzo 1896, *Journ.*, vol. XXIII, 1896, pag. 598; di Orléans 7 maggio 1896, *Journ.*, vol. XXIV, 1897, pag. 168 e seg.; di Bordeaux 9 febbraio 1897, *Journ.*, vol. XXIV, 1897, pag. 370 e seg.; di Algeri 13 luglio 1898, *Journ.*, vol. XXVI, 1899, pag. 532 e seg.; di Limoges 12 maggio 1899, *Journ.*, vol. XXVI, 1899, pag. 783 e segg.; di Rouen 11 maggio 1900, *Journ.*, vol. XXVII, 1900, pag. 958 e seg.; di Parigi 5 marzo 1901, *Journ.*, vol. XXVIII, 1901, pag. 573 e seg.; di Algeri 14 marzo 1902, *Journ.*, vol. XXX, 1903, pag. 162 e seg.; di Parigi 7 maggio 1902, *Journ.*, vol. XXIX, 1902, pag. 855 e seg. Trib. civ. della Senna 21 gennaio 1875, *Journ.*, vol. III, 1876, pag. 272; trib. corr. della Senna 12 aprile 1883, *Journ.*, vol. X, 1883, pag. 501 e seg.; trib. di comm. della Senna 2 maggio 1883, *Journ.*, vol. XIII, 1886, pag. 76 e seg.; trib. civ. della Senna 7 giugno 1890, *Journ.*, vol. XVII, 1890, pag. 686 e seg.; trib. corr. della Senna 8 luglio 1890, *Journ.*, vol. XVII, 1890, pag. 667 e seg.; tribunale di Tolosa 10 luglio 1890, *Journ.*, vol. XVII, 1890, pag. 308 e seg.; trib. civ. della Senna 18 febbraio 1899, *Journ.*, vol. XXVI, 1899, pag. 369 e seg.; trib. civ. di Dieppe 22 gennaio 1900, *Journ.*, vol. XXVII, 1900, pag. 130 e seg. Tribunale di prima istanza di Amburgo 2 novembre 1891, Böhm's *Zeitsch.*, vol. II, 1892, pag. 170. Corte suprema dell' impero austriaco 22 novembre 1892, Bohm' s *Zeitsch.*, vol. III, 1893, pag. 313. Per la giurisprudenza inglese e nord-americana vedansi: *Viveash* v. *Becker*, ap. Cobbett, *op. cit.* pag. 74; « *Robson* v. *The Huntress* » « *Gittings* v. *Crawford* », ap. Wharton, *Digest*, vol. I, § 117, pag. 768; e varie altre decisioni ivi, § 120, pag. 778 e seg., § 121, pag. 786 e seg., § 123, pag. 795, § 124, pag. 795 e seg. Corte di cassazione greca, decisione n. 23 dell'anno 1893, Böhm's *Zeitsch.*, vol. IV, 1894, pag. 373 e seg., ed altre sentenze analoghe dei tribunali greci richiamate ivi in nota; corte d'appello di Atene, decisione n. 1573 dell'anno 1898, *Journ.*, vol. XXVII, 1900, pag. 826. Tribunale civile di Ginevra 18 febbraio 1888, *Journ.*, vol. XVII, 1890, pag. 167 e seg. Tribunale circondariale di Pietroburgo 11-25 gennaio

mento perfezionativo, caratteri ecc. [1]: natura giuridica ed effetti del lodo arbitrale internazionale [2]: estremi del rapporto di belligeranza [3]: effetti della guerra sui trattati, sui rapporti giuridici dei privati ecc. [4]: condizioni di validità

1900, *Journ.*, vol. XXVII, 1900, pag. 841 e seg. Tribunale federale di Parana 1 novembre 1887 e corte suprema di Buenos-Ayres 6 settembre 1888, *Journ.*, vol. XVIII, 1891, pag. 993 e seg. Corte d'appello di Bukarest 16-28 febbraio 1901, e 9-22 maggio 1901, *Revue de dr. intern.*, serie 2ª, vol. IV, 1902, pag. 238 e seg., 250 e seg.

(1) Cassazione di Firenze 15 maggio 1877, *Fòro*, 1877, 1, 485; cassazione di Torino 24 febbraio 1880, *Giur. it.*, 1880, 769. Cassazione francese 23 novembre 1854, *Sirey*, 54, 1, 811; 27 ottobre 1893, *Dalloz*, 94, 1, 424; corte d'appello di Douai 3 giugno 1885, *Journ.*, vol XIV, 1887, pag. 606. Tribunale dell'impero germanico 8 ottobre 1895, Böhm's *Zeitsch.*, vol. VI, 1896, pag. 449 e segg. *Adde*; varie decisioni citate da Wharton, *Digest*, vol. II, § 132, pag. 27 e seg., § 133, pag. 31 e segg., § 138, pag. 71 e segg., § 139, pag. 75.

(2) Cassazione di Napoli 20 febbraio 1881, *Gazzetta del Procuratore*, vol. XVI, 1881-82, pag. 215; cassazione di Roma 28 febbraio 1899, *Fòro*, 1899, 1, 259.

(3) Corte d'appello di Napoli 29 novembre 1901, *Annali*, 1902, 15. Cassazione francese 28 novembre 1834, ap. Feraud Giraud, *Des hostilités sans déclaration de guerre*, nella *Revue de dr. intern.*, vol. XVII, 1885, pag. 38. Tribunale di commercio di Amburgo 17 ottobre 1864, *Journ*, vol. IV, 1877, pag. 361 e seg.; stesso tribunale 10 gennaio 1867, tribunale di appello di Amburgo 17 gennaio 1868 e tribunale superiore d'appello di Lübeck 29 settembre 1868, *Zeitsch. f. d. g. Handelsrecht*, citato, vol. XIX, pag. 249; tribunale dell'impero germanico 28 maggio 1883, *Journ.*, vol. XIII, 1886, pag. 106 e seg. *The « Eliza Ann »*, ap. Cobbett, *op. cit.*, pag. 102 e seg.; *The « Teutonia »*, L. R. 3 A. and E. 394, 4 P. C. 171, e in sunto ap. Cobbett, *op. cit.*, pag. 108 e segg.; *Bas* v. *Tingy*, ap. Wharton, *Digest*, vol. III, § 333, pag. 231, § 334, pag. 233, § 335, pag. 237.

(4) Quanto all'effetto della guerra sui trattati precedentemente conclusi fra gli stati belligeranti, vedansi, ad esempio, le sentenze della cassazione di Roma 25 febbraio 1896, *Fòro*, 1896, 1, 480; della cassazione francese 23 dicembre 1854, *Sirey*, 54, 1, 814; della corte d'appello di Aix 8 dicembre 1858, *Sirey*, 59, 2, 605; della corte

del blocco ([1]): atti leciti di guerra ([2]): occupazione bellica e sue conseguenze giuridiche ([3]); e non sarebbe difficile continuare ancora questa già lunga enumerazione.

---

d'appello di S. Quentin 30 ottobre 1885, *Journ.*, vol. XV, 1888, pag. 99; e le decisioni citate da WHARTON, *Digest*, vol. II, § 135, pag. 44 e seg. Le sentenze della corte d'appello di Pau 7 marzo 1847, della cassazione francese 1 maggio 1848 (*Dalloz*, 48, 1, 86) e del tribunale di Marsiglia 11 luglio 1877, citate nel *Journ.*, vol. XXV, 1898, pag. 295, relative all'influenza della dichiarazione di guerra o di blocco sull'esecuzione del contratto di noleggio, si fondano sull'art. 276 del codice di commercio francese, che dichiara risoluto il contratto, senza diritto a risarcimento da nessuna delle due parti, in caso d'interdizione del commercio prima della partenza della nave; ma rimane da decidere, in base ai principî del diritto internazionale, se la guerra fra due stati possa considerarsi come interdizione del commercio e fino a qual punto. Vedi, sulla stessa questione, il caso « *The Teutonia* » citato nella nota precedente; e circa gli effetti della guerra sui diritti dei privati le decisioni citate da WHARTON, *Digest*, vol. III, § 377 e segg., pag. 238 e segg , ed i casi « *Brown* v. *The United States* » « *Wolff* v. *Oxholm* » « *Griswold* v. *Waddington*, ap. COBBETT, *op. cit.*, pag. 104 e seg., 106 e seg., 107 e seg.

([1]) Tribunale dell'impero germanico 28 maggio 1883, *Journ.*, vol. XIII, 1886, pag. 106 e seg.; tribunale di commercio di Havre 21 gennaio 1890, *Journ.*, vol. XIX, 1892, pag. 183.

([2]) Tribunale dell'impero germanico, *Entscheid. d. R. G. in Strafsachen*, vol. XVI, pag. 167.

([3]) Cassazione francese 16 marzo 1841, *Sirey*, 41, 1, 505; 6 gennaio 1873, *Journ.*, vol. I, 1874, pag. 243 e seg.; 16 aprile 1873, *Journ.*, vol. I, 1874, pag. 181; 13 maggio 1873, *Sirey*, 73, 1, 311; 23 febbraio 1875, *Sirey*, 75, 1, 267: corte della colonia francese della Guadalupa 31 agosto 1869, *Journ.*, vol. I, 1874, pag. 243 e seg.; corte d'appello di Metz 29 luglio 1871, *Dalloz*, 71, 2, 132; di Nancy 3 agosto 1872, *Journ.*, vol. I, 1874, pag. 181, e 27 agosto stesso anno, *Journ.*, vol. I, 1874, pag. 126; di Bastia 27 dicembre 1875, *Journ.*, vol. III, 1876, pag. 104. Tribunale dell'impero germanico 20 settembre 1881, *Journ.*, vol. IX, 1882, pag. 336 e seg.; 16 giugno 1883, *Juristische Wochenschrift*, 1883, pag. 227, n. 14; tribunale amministrativo della Prussia, *Entscheid., d. P. O. V. G.*, vol X, pag. 380 e segg., in riassunto

Gli organi giurisdizionali interni si trovano così chiamati ad applicare principî e norme di diritto internazionale in occasione di controversie svariatissime fra loro. I casi pratici citati nelle pagine precedenti ne offrono larga copia di esempi: questioni di competenza, validità ed effetti di determinati atti o negozi giuridici, responsabilità civile o penale, legalità degli atti compiuti dai funzionari, applicabilità di certe norme giuridiche, risoluzione di un contratto, conseguenze dell'inadempimento, regolamento di una successione ereditaria, ammissibilità di un'azione d'indennizzo, o di un reclamo, o di una querela, determinazione ed interpretazione del rischio in un contratto di assicurazione; e via dicendo. Ma l'applicazione pregiudiziale o incidentale di norme giuridiche internazionali trova anche più largo campo in quelli organi giudiziari interni cui sono deferite speciali funzioni attinenti ai rapporti internazionali, come i giudizi in materia di estradizione e di prede belliche. Le controversie deferite ad organi giurisdizionali interni, anche in queste materie, sono sempre e soltanto controversie regolate dal diritto interno [1]; ma gli stretti

---

ap. TRIEPEL, *op. cit*, pag. 393, nota 3. Areopago greco, decisione n. 130 del 1899, *Journ.*, vol. XXIX, 1902, pag. 906; corte d'appello di Larissa, decisione n. 318 del 1899, *Journ.*, vol. XXIX, 1902, pag. 906 e seg. Numerose decisioni in WHARTON, *Digest*, vol. III, §§ 354-355.

[1] Quanto ai giudizi di preda vedi sopra pag. 83 e segg. Un esame della funzione giudiziaria nell'istituto dell'estradizione richiederebbe sviluppi e schiarimenti incompatibili con l'indole di questo lavoro. Ma, a conferma della proposizione enunciata nel testo, basti qui riferirsi, da un lato al concetto della funzione giurisdizionale, dall'altro ai caratteri delle norme giuridiche internazionali. L'esistenza, o meglio la possibilità concreta di diritti subiettivi dell'individuo in materia di estradizione, o almeno una tutela giuridica degli interessi di lui, pare inseparabile dal concetto stesso della funzione giurisdizionale di cui si parla: senza di ciò si avrà una funzione consultiva, che potrà magari costituire un limite giuridico dell'attività di altri organi dello stato, non mai una funzione giurisdizionale. Ora un diritto dell'individuo, come si è ripetutamente detto e dimostrato, non può sorgere dalle norme giuridiche internazionali, nè in queste si

rapporti che passano fra il diritto interno applicabile dai detti organi ed il diritto internazionale, fanno sì che non sia quasi mai possibile l'interpretazione ed applicazione del primo, senza l'interpretazione ed applicazione del secondo. E poichè l'applicazione delle norme giuridiche interne create con la pubblicazione di un trattato internazionale richiede assai spesso l'applicazione pregiudiziale o incidentale del trattato stesso, affinchè, determinati i diritti e i doveri internazionali dello stato, sia possibile desumerne l'esistenza ed il tenore delle corrispondenti norme di diritto interno, così, ai casi testè citati, possiamo aggiungere quelli, numerosissimi e sempre crescenti,

---

può mai trovare una tutela d'interessi individuali nel vero e proprio senso della parola. Occorre dunque, perchè esista un diritto dell'individuo o un interesse capace di tutela giurisdizionale, l'emanazione, da parte dello stato, di una norma che glie lo riconosca: questa norma può essere esplicitamente posta mediante una legge interna, può essere invece la risultanza implicita della pubblicazione del trattato di estradizione; ma, in ogni caso, deve esistere e costituisce, avvertita o no, il fondamento della funzione giurisdizionale in questa materia. Può essere dubbio, rispetto ad alcuni stati, se esista una vera funzione giurisdizionale in materia di estradizione, e dentro quali limiti sia contenuta; ma non par dubbio che, se esiste e fin dove si estende, trovi il suo fondamento nelle norme giuridiche interne, che hanno riconosciuto all'individuo un diritto o un interesse suscettivo di tutela da parte dell'autorità giudiziaria. Sulle varie forme d'intervento dell'autorità giudiziaria nell'estradizione vedi specialmente LAMMASCH, *op. cit.*, pag. 588 e segg., e l'opera più volte citata del v. MARTITZ, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, vol. II. È quasi inutile avvertire che, data la possibilità della funzione giurisdizionale in questa materia sulla base testè accennata, non è poi necessario che i limiti di essa coincidano con quelli del diritto subiettivo individuale. Rimane, insomma, impregiudicata la questione del rapporto fra lo scopo processuale ed i diritti subiettivi; anzi, avrò occasione di accennare ad un caso in cui la funzione giurisdizionale in materia di estradizione può concepirsi diretta prevalentemente alla tutela di disposizioni di puro diritto obiettivo: s'intende che trattasi anche allora di un diritto oggettivo interno; e ciò basta a giustificare il concetto esposto nel testo.

che derivano dalle materie di diritto interno contemplate in trattati internazionali od alle quali si collegano, in qualunque guisa, rapporti regolati dal diritto internazionale; competenza giudiziaria, esecutorietà di atti e sentenze straniere, regolamento di successioni, diritti d'autore, marchi di commercio e di fabbrica, brevetti d'invenzione, trasporti ferroviari ecc. ecc., che quasi quotidianamente dànno luogo a controversie giudiziarie, la cui soluzione richiama il giudice a determinare fatti e rapporti regolati da norme giuridiche internazionali (1).

Vi è, dunque, un gran numero di casi, in cui i tribunali interni devono ricorrere al diritto internazionale per desumerne la soluzione di una questione pregiudiziale o incidentale connessa con una controversia regolata dal diritto interno, e perciò necessariamente affidata alla loro conoscenza. Ora è evidente che in tali casi non ricorre più la ragione per la quale abbiamo prima escluso la possibilità che gli organi giudiziari interni applichino il diritto internazionale: il problema si ripresenta dunque sotto un nuovo aspetto e va considerato distintamente.

Possiamo intanto ritenere per certo, che in questi casi il giudice tien conto dei principî del diritto internazionale perchè così vuole lo stato, di cui egli è l'organo. Sia che la stessa legge interna rinvii al diritto internazionale, o sia che il riguardo alle regole di questo diritto venga implicitamente presupposto dalle norme di diritto interno che regolano una data materia, certo è che il giudice, tenendone conto, adempie, così nell'uno come nell'altro caso, la volontà dello stato di osservare e rispettare quei dati principî del diritto interna-

---

(1) Basta pensare alle controversie cui hanno dato luogo, nella giurisprudenza pratica, il trattato del 1760 tra la Francia e la Sardegna in materia di esecuzione delle sentenze civili, quello del 1869 tra la Francia e la Svizzera relativamente alla competenza giudiziaria, i trattati del 1883, del 1886, del 1890 in materia di proprietà industriale e letteraria e di trasporti ferroviari, per averne subito un gran numero di esempi. Tutte le raccolte di giurisprudenza, in specie quella larghissima del *Journ. du dr. intern. pr.*, ne offrono in larga copia: mi dispenso dalle citazioni, che sarebbero qui inutilmente ingombranti.

zionale. Parrebbe pertanto, a prima vista, che si potesse ripetere anche qui un ragionamento analogo a quello che abbiamo fatto sopra più volte, specialmente parlando dei tribunali delle prede belliche e della pubblicazione dei trattati: il diritto internazionale, si potrebbe dire, riguarda lo stato come tale, ossia lo stato nella sua totalità, non i singoli organi di cui si compone; rispetto a questi non vigono dunque norme di diritto internazionale, ma sempre e soltanto norme di diritto interno. Chè se la volontà dello stato si manifesta con l'ordinare al giudice l'applicazione di regole del diritto internazionale, ciò si deve intendere nel senso che lo stato abbia fatto proprie quelle norme, le abbia convertite in norme giuridiche interne; ed allora il giudice applica queste norme, non il diritto internazionale, con cui esso non ha rapporto veruno. In altri termini, il giudice applica talora materialmente il diritto internazionale, perchè lo stato ne ha fatto proprio il contenuto; ma, in realtà, il valore formale delle norme da lui applicate è quello di norme giuridiche interne: il diritto internazionale nel senso formale, poichè riguarda soltanto gli stati come tali, non viene mai davanti ai tribunali interni, non è mai suscettivo d'applicazione da parte di questi. Tale, ad esempio, se l'ho bene inteso, il pensiero di Jellinek [1].

---

[1] JELLINEK, *System*, p. 314: « *Allerdings wird in diesen Gerichten mangels besonderer Vorschriften vielfach Völkerrecht zur Anwendung kommen, aber nur seiner materiellen, nicht seiner formellen Seite nach, weil Völkerrecht in formellen Sinne nur zwischen Staaten gilt und nur Staaten seine Entscheidung anrufen können* ». Jellinek parla qui dei tribunali delle prede, ma soltanto in via di esempio tipico: egli, come si vede chiaramente dal passo riportato, non solo non distingue fra applicazione diretta ed incidentale, ma usa espressioni così generali ed assolute, da far credere che il diritto internazionale in senso formale, ossia il vero diritto internazionale, non sia mai suscettivo d'applicazione da parte dei tribunali interni. Anche il LOENING, *Die Gerichtsbarkeit über fremde Staaten und Souveräne*, Halle 1903, parlando degli organi dello stato sottoposti al detentore della suprema potestà statuale dice che « *für sie sind nicht die Normen des Völkerrechts, sondern die Normen des Landesrechts massgebend* » (pag. 79).

Ma questo ragionamento parte da un'assimilazione erronea, che va assolutamente rigettata. La norma giuridica internazionale è, per la sua natura, assolutamente inidonea ad obbligare gl'individui, a conferir loro diritti e doveri. Posta dalla volontà collettiva degli stati per il regolamento dei loro rapporti, non può evidentemente riferirsi ad un ordine di relazioni affatto diverso; e se più stati intendessero di creare una norma direttamente regolatrice di rapporti individuali, questa, per necessità di cose, non sarebbe una norma giuridica internazionale, ma, come vedemmo, una regola di diritto interno uniforme o comune a più stati. Ne segue che lo stato non può in verun caso ingiungere ai privati di osservare il diritto internazionale, perchè comanderebbe l'impossibile, l'osservanza di norme che non hanno con la condotta individuale rapporto di sorta, l'adempimento di doveri che l'individuo, come tale, è affatto incapace di adempiere. Di qui la necessità di ammettere sempre la creazione di norme giuridiche interne corrispondenti a ciò che impone allo stato il diritto internazionale, perchè soltanto in forza di queste può sorgere il dovere individuale voluto dal diritto internazionale.

Ben diverso, invece, è il caso di cui ora ci occupiamo. Ed è diverso soprattutto per questa ragione, che la norma giuridica internazionale non presenta veruna intrinseca e necessaria inidoneità ad essere osservata ed applicata dai giudici interni. I giudici sono organi dello stato, ed ognuno sa che l'attuazione, prendo la parola nel suo largo senso, del diritto internazionale non può avvenire se non per mezzo appunto di questi organi. Lo stato non è di certo una finzione, ma è pur sempre indubbiamente un'astrazione, perchè è la collettività rappresentata come unità, è una volontà collettiva formata e manifestata da una o più volontà individuali, è un'attività che richiede e presuppone una somma di attività individuali [1]. Lo stato,

[1] Confr. v. GERBER, *Grundzüge,* pag. 125 e segg.; JELLINEK, *System,* pag. 20 e segg., *Recht d. mod. Staates*, vol. I, pag. 141 e segg. Un'ottima esposizione sommaria ed un apprezzamento critico della teoria in BERNATZIK, *Die juristische Persönlichkeit der Behörden*, Freiburg i. B. 1890, (estratto dal vol. V, n. 2, dell'*Archiv f. öff. Recht)*

pertanto, vuole ed agisce per mezzo di coloro cui spettano queste funzioni, e che noi chiamiamo i suoi organi [1]; e così anche i diritti e i doveri che l'ordine giuridico internazionale stabilisce per uno stato possono essere esercitati o adempiuti soltanto per mezzo degli organi. È vero che subietto del diritto o del dovere è lo stato come tale, nella sua totalità; ma, senza spingere per ora più oltre l'indagine intorno al valore ed al significato di questo principio, ognuno intende che prenderlo volgarmente alla lettera vorrebbe dire distruggere e diritti e doveri, poichè non è neppur concepibile un atto dello stato, che non debba esser compiuto da uno almeno de' suoi organi. Ciò basta per concludere che niun paragone è possibile fra la posizione del giudice e quella del privato di fronte alle regole del diritto internazionale, e che non si possono applicare senza errore al primo caso le osservazioni

---

pag. 18 e segg. dell'estratto: le citazioni di questo studio, nelle note seguenti, si riferiscono sempre alla numerazione delle pagine dell'estratto. Per ragioni facili a comprendersi, trattandosi di uno studio di diritto internazionale, le osservazioni fatte nel testo si valgono specialmente della teoria *personalistica* dello stato e degli sviluppi che ha ricevuto per opera degli scrittori testè citati; tengo però a dichiarare che il problema della concezione giuridica dello stato si presenta, secondo me, sostanzialmente distinto nel diritto interno e nel diritto internazionale; onde il riferimento alla teoria della personalità, non soltanto non implica in verun modo l'accettazione del concetto, comunemente ammesso dai suoi sostenitori, che, cioè, la personalità giuridica dello stato risultante dal diritto interno sia il punto di partenza per la costruzione dogmatica del diritto internazionale (vedi specialmente JELLINEK, *System*, pag. 32 e segg.), ma non significa neanche un'accettazione incondizionata di quella teoria, almeno nel modo con cui viene comunemente esposta: di ciò nel secondo volume, in preparazione, della teoria della responsabilità dello stato nel diritto internazionale.

[1] Confr. LABAND, *op. cit.*, vol. I, § 39, specialm. a pag. 339; BERNATZIK, *art. cit.*, passim. e specialm. pag. 68 e segg.; JELLINEK, *System*, pag. 129 e segg., 183 e segg., *Recht d. mod. Staates*, vol. I, pag. 494 e segg.; HÄNEL, *Deutsches Staatsrecht*, Leipzig 1892, vol. I, pag. 84 e segg.; O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. II, pag. 394 e segg.; TEZNER, *art. cit.*, nella *Zeitschrift* del GRÜNHUT, vol. XXI, pag. 182 e segg.

che valgono per il secondo. La questione rimane dunque impregiudicata, e va studiata da un altro punto di vista.

Questo punto di vista ci è suggerito quasi spontaneamente dallo stesso problema, e dalle osservazioni che siamo venuti facendo intorno ad esso. Invero, se il giudice tien conto del diritto internazionale perchè questa è la volontà dello stato di cui è l'organo, la questione nostra si delinea nei seguenti termini. Anzitutto: le norme di diritto interno che rinviano al diritto internazionale o lo presuppongono, e che perciò mettono il giudice nella necessità di tenerne conto, quale attitudine assumono di fronte al diritto internazionale? lo accolgono e ne fanno propri quei dati principi, oppur no? Poi: dato che non si possa parlare di una recezione del diritto internazionale nel diritto interno, come può il giudice esser vincolato da norme, che non a lui, ma allo stato rivolgono i loro precetti?

Comincio dal primo punto. Poichè le norme giuridiche internazionali regolano un ordine di rapporti affatto diverso da quello che è oggetto del diritto interno, possiamo assumere come punto di partenza sicuro per la nostra ricerca questo: che una norma non può essere contemporaneamente norma di diritto internazionale e di diritto interno. Basta, su tal proposito, che io rimandi a quanto dissi intorno al preteso valore del trattato internazionale come fonte di diritto interno. Di guisa che, il richiamo, comunque fatto, dal diritto interno ai principi ed alle regole del diritto internazionale non può avere che uno di questi due significati: o una trasformazione della norma giuridica internazionale in una tutta diversa, perchè destinata a regolare rapporti d'altro genere; oppure il riconoscimento puro e semplice di quella norma, senza alcuna influenza sul contenuto e sul carattere di lei; un richiamo, insomma, ad una regola giuridica di altro ordine come tale e perchè tale [1].

---

[1] Le norme giuridiche che richiamano un diritto diverso senza riprodurne il contenuto (tali sono appunto quelle di diritto interno che richiamano il diritto internazionale) sono spesso designate nella recente letteratura germanica, dietro l'esempio del BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung,* vol. I, 2ª ed. Leipzig 1890, pag. 161

Che in vari casi il rinvio al diritto internazionale abbia il primo de' due significati ora esposti, già lo abbiamo veduto; ma abbiamo altresì veduto che il rinvio è allora soltanto apparente, perchè, in realtà, rappresenta un modo speciale di emanazione di norme giuridiche interne volute dal diritto internazionale. Altre volte, però, il richiamo fatto dal diritto interno al diritto internazionale ha il significato di un vero e proprio rinvio, e niente di più. Questo accade, in generale parlando, tutte le volte che il diritto interno si riferisce al diritto internazionale, non per trarne i criteri con cui regolare rapporti d'altro genere interessanti le relazioni interstatuali, ma per completare le premesse di fatto o per stabilire

---

e segg., col nome di « *Blankettrechtssätze* ». Così, fra i più recenti, e con applicazione immediata alla materia nostra, il TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 158 e segg., 226 e segg., e altrove. Il TRIEPEL ha con molta acutezza rilevato il diverso contegno di queste « *Blankettrechtssätze* » di fronte al diritto cui si riferiscono, in specie secondo che esprimono o no una recezione del diritto richiamato. L'esempio tipico, e forse il solo fin qui studiato, di norme giuridiche che richiamano un diritto diverso senza accoglierlo e trasformarlo, è quello delle cosiddette *norme di applicazione,* nel diritto internazionale privato: vedi, infatti, KAHN, *Gesetzeskollisionen*, a pag. 27 e seg., e specialm. ZITELMANN, *Intern. Privatrecht*, vol. I, pag. 196 e segg., 257 e segg. Il caso nostro si presenta in termini analoghi, tanto che alcune delle considerazioni svolte per determinare il rapporto fra le norme d'applicazione ed il diritto straniero cui si riferiscono possono servire, e mi hanno servito di fatto, a determinare il rapporto fra il diritto interno ed il diritto internazionale nei casi dei quali parlo nel testo. Vi sono però altri casi in cui le norme di applicazione esprimono veramente la recezione del diritto straniero a cui si riferiscono: vedi, su ciò, ZITELMANN, *Intern. Privatrecht,* vol. I, pag. 257 e segg., e TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 159-60. Si potrebbe così opportunamente distinguere una norma di rinvio puramente *formale* (non ricettiva) ed una norma di rinvio *materiale* (ricettiva): le norme di rinvio dal diritto interno al diritto internazionale, se sono veramente norme di rinvio, sono sempre *formali,* perchè è impossibile che il diritto internazionale venga assunto come norma regolatrice dei rapporti di cui si occupa il diritto interno.

i presupposti dell'applicabilità di una norma giuridica. È evidente, infatti, che in questi casi il richiamo al diritto internazionale non può significare veruna trasformazione o recezione di questo diritto in uno diverso, poichè, anzi, avviene proprio in quanto il legislatore ritiene che spetti al diritto internazionale stabilire quei criteri, ordinare quei rapporti, di cui vuol tener conto nel regolamento di fatti o rapporti, che sono l'oggetto immediato della norma giuridica interna. Se questa, ad esempio, si riferisce alla circostanza che il delitto sia stato commesso in territorio estero ([1]), la determi-

---

([1]) *Cod. pen. it.*, art. 4 e segg.; e le analoghe disposizioni di tutti i codici penali stranieri. Varie fra le sentenze citate nelle note precedenti applicano i principî del diritto internazionale appunto per determinare il luogo del commesso delitto. I rapporti fra il diritto internazionale ed interno su questo proposito sono lucidamente esposti nel libro di HARBURGER, *Der strafrechtliche Begriff Inland und seine Beziehungen zum Völkerrecht und Staatsrecht*, Nördlingen 1882. Per le ragioni addotte nel testo, non posso nè accettare l'idea, nè trovar corretta l'espressione di un *concetto di diritto penale* relativo alla determinazione della potestà territoriale dello stato; e del resto la monografia dello Harburger è la migliore riprova di ciò che dico, cioè che tale determinazione è data dal diritto internazionale e non dal diritto interno. S'intende che non si esclude, con questo, che i caratteri della legge penale, e la presunta volontà del legislatore, possano *concorrere* a risolvere talune questioni, non già sostituendosi al diritto internazionale o trasformandolo in diritto interno, ma indicando il significato che il legislatore può aver inteso di attribuire, nei riguardi dell'applicabilità della legge penale, a certe posizioni di fatto o di diritto stabilite dalle norme giuridiche internazionali: valga come esempio la nota questione, variamente risoluta dai tribunali italiani, circa l'applicabilità della diminuzione di pena stabilita dall'art. 5 cod. pen. ai reati commessi da italiani nei paesi di capitolazioni (vedi su ciò cass. Roma 26 novembre 1888, *Fòro*, 1889, II, 2; 14 dicembre 1894, *Annali*, 1895, 62; 14 giugno 1895, *Rivista penale*, XVII, 477; 24 novembre 1897, *Mon. Trib.*, 1890, 474; 18 aprile 1900, *Giurisprudenza penale* di Torino 1900, 442); questione, che indubbiamente dipende dal diritto internazionale per quanto

nazione dei limiti della potestà territoriale dello stato va chiesta al diritto internazionale: ed infatti la norma giuridica interna, che dispone in tal modo, presuppone i principî di diritto internazionale che stabiliscono i limiti di questa potestà, ma li presuppone appunto come principî di diritto internazionale, e come tali e perchè tali li vuole rispettati: sarebbe del tutto ingiustificato dire che, in questo caso, le regole del diritto internazionale relative al territorio degli stati sono entrate a far parte del diritto interno. Parimente, una legge che parla di « persone alle quali spetta il privilegio della estraterritorialità » [1] rinvia al diritto internazionale per determinare quali sono queste persone; ma non trasforma certamente in regole di diritto interno quelle che, nei rapporti degli stati fra loro, stabiliscono a quali individui devono, essi stati, accordare quella speciale condizione giuridica. Lo stesso dicasi di una legge la quale parli di « persone rivestite del carattere diplomatico » o semplicemente di « agenti diplomatici » [2]; di una legge che si riferisca ad atti compiuti « in tempo di guerra » [3]; di una legge che contempli

---

riguarda la determinazione della condizione giuridica degli italiani in quei paesi e la loro sottoposizione alle leggi dello stato, ma che non può di certo prescindere dal ricercare le ragioni ed i criteri su cui il legislatore ha fondato il particolare trattamento dei reati commessi all'estero.

[1] Così il § 10 del regolamento sassone 9 gennaio 1865 sul procedimento nelle materie di volontaria giurisdizione, citato da Triepel, pag. 226-27: « *Ereignet sich im Königreiche Sachsen der Todesfall einer Person welcher Exterritorialität zusteht, so ist...* » ecc. E l'art. IX al. 2 della legge introduttiva della norma di giurisdizione austriaca *(Einführungsgesetz zur Jurisdiktionsnorm)* del primo agosto 1895: « *Die inländische Gerichtsbarkeit erstreckt sich auf Personen, die nach völkerrechtlichen Grundsätzen die Exterritorialität geniessen, wenn und insofern....* » ecc.

[2] Gli esempi sono così noti e frequenti, che mi parrebbe inutile fermarmi ad addurne.

[3] *Cod. pen. it.*, art. 107 n. 2, 112, 114; ed i numerosissimi articoli del codice penale militare, che si occupano dei reati in tempo di guerra.

l'ipotesi di « trasporto di merci considerate come contrabbando di guerra » ([1]) o di « interruzione forzata del viaggio di una nave in seguito al blocco del porto di destinazione » ([2]), e via dicendo; nei quali casi è evidente che spetta al diritto internazionale stabilire quali persone hanno carattere diplomatico, quando e come comincia o finisce lo stato di guerra, quali sono le merci che costituiscono il contrabbando, quali gli estremi perchè un porto possa dirsi bloccato. In queste, come in tante altre ipotesi simili, ed in generale tutte le volte che il diritto interno espressamente o tacitamente richiama o presuppone principi e regole di diritto internazionale come tali, per collegarvi in qualsiasi modo l'applicazione o l'effetto delle proprie norme, sarebbe manifestamente creare una finzione contraria alla verità dire che le regole del diritto internazionale diventano regole di diritto interno ([3]).

([1]) *Cod. di commercio germanico,* §§ 515, 563, 673; *cod. penale germanico,* § 297.

([2]) *Cod. di commercio italiano,* art. 553; *cod. di commercio francese,* art. 279.

([3]) È però questa l'opinione tuttora prevalente nella dottrina e nella giurisprudenza anglo-americana, secondo la nota formula « *international law is a part of the law of the land* »: posto che la recezione non sia necessariamente estesa a tutto il diritto internazionale, come tende ad ammettere la più recente giurisprudenza inglese ed americana (vedansi specialmente i casi « *The Queen* v. *Keyn* » e « *The Helen* », ap. COBBETT, *op. cit.*, pag. 14 e segg., 171, 230, « *Norwich Company* v. *Wright* », « *The Lottawana* », « *The Scotland* », in WHARTON'S *Digest*, vol. I, § 8, pag. 31), se ne desume che il diritto internazionale non obbliga i funzionari se non in quanto è stato accolto nel diritto interno. Così, per citare un esempio recente, F. J. GOODNOW *Comparative administrative law,* New York and London 1902, pag. 16: « *While it* (il diritto internazionale) *is the guide of conduct of a state in its relation with other states, while its observance will conduce to peace ant its non observance may lead to trouble, it still cannot be regarded as binding upon the officers of any government considered in their relation to their own government except in so far as it has been adopted into the administrative*

E sarebbe, per di più, una finzione inutile, perchè non vi è punto bisogno di supporre questa recezione per intendere come il giudice possa e debba, in simili casi, applicare il diritto internazionale. È vero che questo riguarda lo stato nella sua totalità, e non i singoli organi di cui si compone; ma già si è accennato che questo principio non può essere inteso nel senso che i singoli organi dello stato non sieno vincolati dai doveri che il diritto internazionale impone allo stato, perchè pretendere di obbligar lo stato senza obbligare in pari tempo i suoi organi sarebbe come pretendere d'imporre dei doveri ad un'astrazione priva di contenuto. Il principio è indubbiamente giusto, ma va inteso in ben altro modo; e, se non erro, il suo vero significato è il seguente.

L'organizzazione dello stato deriva dal diritto interno: spetta a questo distribuire fra i vari individui che vogliono ed agiscono per lo stato il complesso delle attribuzioni, delle facoltà, dei doveri suoi (1). È il diritto interno, in altre parole, che determina la competenza respettiva dei vari organi, ossia quella cerchia entro la quale gli individui che esercitano una funzione pubblica vogliono ed agiscono come organi dello stato. Su questo punto non vi è, nè vi può essere, seria contestazione: basterebbe, se altro non vi fosse, a dimostrarne la necessità giuridica, il fatto che le norme di competenza implicano un

---

law of the state ». Il concetto che il diritto internazionale è applicabile dal giudice *perchè è accolto come diritto interno* può vedersi anche nei seguenti scrittori: STEPHEN, *New Commentaries on the Laws of England,* 12ª ed. London 1895, vol. IV, pag. 188; KENT, *op. cit.,* pag. 1; PHILLIMORE, *op. cit.,* vol. I, pag. 78; AMOS, *op. cit.,* pag. 393; WHARTON, *Conflict of laws,* pag. 3; BEACH LAWRENCE, *op. cit.,* vol. III, pag. 64; HOLLAND, *art. cit.,* in *Law Quarterly Review,* vol. IX, pag. 149; SUMNER MAINE, *Intern. Law,* pag. 44 e segg.

(1) Confr., nonostante il diverso apprezzamento della condizione giuridica degli organi, BERNATZIK, *op. cit.,* passim.; JELLINEK, *System,* pag. 215 e segg., *Recht d. mod. Staates,* vol. I, pag 513; ed il recente acutissimo studio del PREUSS, *Ueber Organpersönlichkeit,* in SCHMOLLER'S *Jahrbuch,* anno 1902, n. 2, pag. 103 e segg.

rapporto fra lo stato e l'individuo che funziona come organo, mentre il diritto internazionale riguarda soltanto i rapporti degli stati fra loro ([1]). Il diritto internazionale, dunque, è estraneo a tutto questo: prende lo stato com'è, e non s'ingerisce affatto nella sua interna organizzazione ([2]).

Di qui appunto deriva che le norme giuridiche internazionali non possono riguardare lo stato altro che nella sua totalità: i doveri che impongono o i diritti che accordano si riferiscono allo stato come tale, non mai ai singoli organi di cui si compone, perchè altrimenti il diritto internazionale verrebbe a determinare esso la competenza di questi organi, ed entrando nell'organizzazione dello stato invaderebbe un campo che gli è assolutamente chiuso. Il diritto internazionale non può mai dire a quale organo dello stato spetti l'adempimento di un dovere o l'esercizio di un diritto: si limita a stabilire il dovere o il diritto, e lascia poi alle norme giuridiche interne la cura di ripartire le funzioni necessarie fra i vari organi dello stato. In questo senso il principio di cui parliamo è indubbiamente vero.

([1]) Concordano: SELIGMANN, *Abschluss und Wirksamkeit der Staatsverträge*, Freiburg i. B. 1890, pag. 49 e seg., TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 121. Sulla natura, assai controversa, dei rapporti giuridici che passano fra lo stato e l'individuo-organo (*Organträger*) vedi gli scrittori citati nella nota precedente: l'analisi di quei rapporti, qualunque sia il punto di vista adottato per comprenderli giuridicamente, basta a dimostrarne l'esclusiva appartenenza al diritto interno. Altra è, naturalmente, la questione se non vi sieno organi dello stato dotati di una competenza stabilita dal diritto internazionale; il che, in ogni caso, equivarrebbe a domandarci *se esistano regole di diritto internazionale che obblighino lo stato a conferire a certi organi una determinata competenza.* La questione è estranea allo scopo del presente studio: confr. *Responsabilità dello stato,* pag. 166, nota 1.

([2]) Su questo punto, e sulle importanti conseguenze che ne derivano per intendere la natura ed i caratteri delle norme giuridiche internazionali, vedi *Responsabilità dello stato,* pag. 143 e segg. Confr. PHILLIMORE, *op. cit.*, vol. I, pag. 81; F. DE MARTENS, *Traité,* vol. I, pag. 308 e seg.; L. LE FUR, *État fédéral et confédération d'états*, Paris 1896, pag. 740.

Ma se questo è il significato e la ragione del principio, è impossibile desumerne la conseguenza che gli organi dello stato non sieno vincolati dalle norme giuridiche internazionali. Tale conseguenza non è logicamente contenuta nelle premesse, ma le eccede e le sorpassa. Giusto è invece che si dica, che i diritti ed i doveri internazionali sono esercitati o adempiuti dai vari organi dello stato *nella misura della competenza attribuita a ciascuno dal diritto interno:* dentro questi limiti, però, gli organi possono essere direttamente in contatto col diritto internazionale, perchè gli organi sono lo stato, o, se par meglio, è lo stato che in essi agisce e vuole, conformemente o no agli obblighi che gl' impongono, alle facoltà che gli accordano le norme giuridiche internazionali. L' idea che gli organi non abbiano mai dinanzi a sè il diritto internazionale, ma sempre e soltanto gli ordini o le istruzioni dello stato, è in diretta ed intrinseca contraddizione col concetto stesso della rappresentanza organica ([1]), nella quale non

([1]) Non senza ragione ho adottato l' espressione ***rappresentanza organica*** per designare il rapporto fra lo stato ed il funzionario, intendendo così di esprimere un concetto che si avvicina molto, ma non si confonde con quello che i tedeschi hanno espresso nella parola ***Organschaft:*** credo, infatti, che si debba veramente vedere nella funzione dell' organo di una persona giuridica una ***particolare figura di rappresentanza,*** piuttosto che un rapporto giuridico affatto diverso da questa, ed anzi contrapposto. Il concetto generale della rappresentanza, che è veramente una ***allgemeine Rechtsform***, si determina specificandosi in varie figure più concrete, a seconda dei rapporti ai quali si applica; figure che hanno comuni alcuni principî fondamentali, e vanno poi soggette a regole proprie. Una di queste figure ci è data appunto dal rapporto che passa fra lo stato ed il funzionario, più generalmente fra la persona giuridica e l' organo, quando questo agisce in nome di quella: il rapporto presenta senza dubbio alcuni caratteri fondamentali e produce alcuni effetti, che si riscontrano in ogni altro rapporto di rappresentanza, ma, nello stesso tempo, include elementi e genera relazioni giuridiche ben diverse, ad esempio, da quelle della rappresentanza civile o commerciale, e veramente tutte sue proprie. Sono questi elementi speciali che dànno al rapporto la sua figura

si ha la distinzione di due personalità, quella del rappresentante e l'altra del rappresentato, ma un solo subietto, che agisce

---

concreta e caratteristica, e ne rivelano così la natura intima e sostanziale: confr. SELIGMANN, *op. cit.*, pag. 157 e segg., il quale adopera pure l'espressione *rappresentanza organica* (*organische Stellvertretung*), contrapponendola alla *rappresentanza naturale (natürliche Stellvertretung*), come due specie distinte di rappresentanza giuridica (*juristische Stellvertretung*). La teoria dell'*Organschaft*, nitidamente delineata dal GIERKE (*Die Genossenschaftstheorie u. die deutsche Rechtsprechung*, pag. 614 e segg.) in stretta relazione con la sua dottrina della personalità giuridica, nel giro di pochi anni si è largamente diffusa nella letteratura tedesca (vedi la bibliografia relativa in GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, vol. I, pag. 472, nota 16), staccandosi però nello stesso tempo da alcune delle premesse teoriche particolari a cui l'aveva legata il suo autore, e prendendo piuttosto aspetto e contenuto di un rapporto giuridico speciale, distinto, nonostante le analogie innegabili, dalla rappresentanza del diritto privato per la relazione più intima e stretta che passa fra la persona giuridica e l'organo. La recente critica dello SCHLOSSMANN (*Organ und Stellvertreter*, in IHERING'S *Jahrbücher*, vol. 44, pag. 289 e segg.) ha il merito di aver messo in chiaro quelle analogie, e forse di aver dimostrato il poco fondamento di alcune affermazioni non abbastanza giustificate della teoria; ma non mi par davvero che sia riuscita a dimostrare, come voleva il suo autore, che il rapporto fra la persona giuridica e l'organo si risolve nel rapporto di rappresentanza puro e semplice, quale ci vien fornito anche dal diritto privato. Poichè si tratta, in ultima analisi, di applicazioni diverse di concetti generali identici, non era difficile mostrare, come ha fatto lo SCHLOSSMANN (vedi specialm. pag. 315 e segg.), che gli elementi essenziali del rapporto di rappresentanza ricorrono nel caso nostro; ma se è vero che scienza è cognizione sempre più specificata dei fatti, non pare buon metodo di ricerca quello che pone in chiaro i contatti e le analogie, dimenticando le differenze. E questo è appunto il difetto radicale della critica, per altri riguardi pregevole ed opportuna, dello SCHLOSSMANN; difetto che risulta in modo evidente anche dalla vivace replica del PREUSS (*Stellvertretung oder Organschaft?* negli *Jahrbücher* di IHERING, vol. 44, pag. 429 e segg.), che in molti punti (vedi specialmente pag. 469 e segg.) dimostra con l'evidenza dei fatti la inadat-

e si manifesta negli organi suoi. Oltre a ciò, quest'idea non è suscettiva di logico svolgimento: infatti, se gli organi particolarmente presi non possono essere vincolati dalle norme giuridiche internazionali, non vi è alcuna ragione perchè sieno vincolati quelli organi che hanno la competenza di emanare norme giuridiche interne; ammettere questo vuol dire negare il principio stesso, e d'altra parte, se non si ammette almeno questo, diventa impossibile intendere come e perchè i doveri internazionali dello stato producano una corrispondente attività nei vari organi di cui si compone [1].

---

tabilità della concezione tutta individualistica della rappresentanza di diritto privato alla materia di cui parliamo, ma ha il torto, secondo me, di collegare troppo strettamente la teoria dell'*Organschaft* alla teoria organica delle persone giuridiche (e da questo punto di vista *esclusivamente* egli ne imprende la difesa contro lo Schlossmann), mentre sarebbe stato opportuno e non difficile porre in chiaro che il concetto ha un valore suo proprio, indipendente, fino ad un certo punto, dal modo di intendere la natura della persona giuridica caratteristico del Gierke e della sua scuola. A dimostrare quest'ultima affermazione basterebbe d'altronde il fatto che la teoria della rappresentanza organica ha avuto esatte formulazioni (basti citare quella del LABAND, nell'*Arch. f. d. civ. Prax.*, vol. 73, pag. 187 e seg., alla quale si riporta lo stesso SCHLOSSMANN, pag. 291 e seg.) ed applicazioni importantissime da pubblicisti che non accolgono certamente il concetto *organico* (in senso stretto) della personalità giuridica: rammento, oltre il SELIGMANN, che, a mio parere, per la lucida esattezza delle proposizioni, e tenuto conto dell'epoca in cui scrisse, meritava di esser ricordato in modo speciale, LABAND, JELLINEK, BERNATZIK. La critica del DUGUIT, che vi ha dedicato tutto il secondo volume de' suoi studi di diritto pubblico (*L'état, les gouvernants et les agents*, Paris 1903), e che, del resto, non si limita alla *rappresentanza organica*, ma vuol colpire il concetto stesso di una *rappresentanza di diritto pubblico*, muove dal punto di vista strettamente realistico proprio di questo scrittore ed incontra quindi obiezioni e repliche, di cui qui non è possibile occuparsi: vedi, sul metodo e le teorie del DUGUIT, il pregevole libro del FORTI, *Il realismo nel diritto pubblico*, Camerino 1903.

[1] Tutto ciò che son venuto esponendo intorno ai rapporti fra lo stato ed il diritto internazionale ed alla posizione degli organi dello

Se queste considerazioni sono esatte, è facile concluderne che il giudice, nei limiti della sua competenza, può e deve

stato rispetto al diritto internazionale, basta, spero, ad eliminare fino il sospetto che io intenda qui alludere ad un possibile obbligo degli organi, anzi di alcuni organi, come a qualche cosa di diverso dall'obbligo dello stato. Gli obblighi imposti dal diritto internazionale sono obblighi dello stato come tale, e quindi non de' suoi organi, finchè l'organo si concepisce e si considera distintamente dallo stato, nella propria individualità: l'obbligo di estradare certi individui è obbligo dello stato, non dei funzionari che ne ordinano, ne autorizzano, ne eseguiscono l'arresto e la consegna. Ma poichè la volontà ed attività dello stato è, in sostanza, volontà ed attività degli organi che lo compongono, così non si può nemmeno concepire un diritto o un dovere internazionale dello stato, che non si risolva in facoltà o in obblighi di organi determinati: l'obbligo dello stato di consegnare i delinquenti si risolve nell'obbligo del magistrato di ordinarne l'arresto, in quello degli agenti di polizia di eseguirlo, e via dicendo. L'apparente contraddizione di questi concetti si concilia appunto nel fatto che, di fronte al diritto internazionale, non esiste distinzione fra lo stato ed i suoi organi; lo stato esiste negli organi e questi sono lo stato; l'obbligo degli organi è lo stesso obbligo dello stato. D'altra parte, l'organo desume la sua qualità dal diritto interno, e la possiede soltanto nei limiti della competenza attribuitagli da questo; onde l'obbligo imposto allo stato dal diritto internazionale ha valore di fronte agli organi solamente se ed in quanto l'osservarlo rientra nella cerchia della loro competenza: ma, in questi limiti, ha valore di per sè stesso, ossia come dovere imposto allo stato dal diritto internazionale. La natura degli atti richiesti dal diritto internazionale e l'ordinamento interno delle funzioni statuali, e quindi della competenza degli organi, determinano pertanto nei singoli casi quale organo è tenuto ad adempiere il dovere internazionale dello stato: la competenza speciale di certi organi, e precisamente di quelli cui spetta il potere di emanare norme giuridiche, combinata con la natura degli atti che occorrono, il più delle volte, per eseguire il dovere internazionale dello stato, fa si che in un buon numero di casi l'adempimento dell'obbligo internazionale richieda la loro attività e non quella degli altri organi, i quali si limitano invece ad osservare ed applicare le norme emanate dai primi. Se pensiamo che l'imperativo giuridico

osservare ed applicare il diritto internazionale, ogni volta che se ne presenta il bisogno. Non vi è alcun motivo per supporre o fingere che il diritto internazionale valga di fronte a lui come diritto interno. È vero che il giudice applica il diritto

---

internazionale è, nel maggior numero dei casi, per natura sua, poco determinato e concreto, tale, cioè, da lasciare allo stato una libertà di apprezzamento più o meno ampia circa il modo di eseguirlo, di guisa che lo stato non fa soltanto e semplicemente ciò che il diritto internazionale gl'impone, ma piuttosto fa ciò che esso reputa giusto e necessario perchè il dovere internazionale sia adempiuto (confr. su ciò ***Responsabilità dello stato***, pag. 143 e segg.), comprenderemo facilmente perchè, il più delle volte, l'adempimento del dovere internazionale dello stato sia causa od occasione dell'emanazione di norme giuridiche interne, anche quando l'osservarlo è esclusivo compito dei funzionari e non implica la necessità d'imporre una determinata condotta ai privati. Ma tutto ciò attiene all'ordinamento interno delle competenze e non ha che fare con la posizione giuridica degli organi rispetto al diritto internazionale: rigorosamente parlando, ***tutti gli organi dello stato si trovano nella medesima posizione rispetto al diritto internazionale.*** E quando l'ordinamento delle competenze non vi si oppone, ogni organo è tenuto ad agire nel modo richiesto dal diritto internazionale, indipendentemente da un ordine speciale emanato da quelli organi, cui spetta la potestà legislativa e regolamentare: il caso che studio nel testo ne è appunto una riprova. La questione brevemente accennata in questa nota ha dato luogo ad importanti discussioni relativamente alle obbligazioni derivanti dai trattati internazionali; ma, senza dubbio, è assai più generale, e si riferisce a tutte le attività richieste allo stato dalle norme giuridiche internazionali. Le idee da me sostenute si avvicinano, in parte, a quelle esposte da JELLINEK in *Gesetz u. Verordnung*, pag. 317 e segg.; ma s'intende che non vogliono minimamente pregiudicare la questione speciale della obbligatorietà dei trattati conclusi dal capo dello stato senza l'approvazione parlamentare, che è quella trattata da JELLINEK, nel passo ora citato, ma che, secondo me, si svolge in altro campo e va risolta con ben altri criteri. Contro JELLINEK, anche per quanto riguarda la possibilità che il trattato obblighi determinati organi statuali, SELIGMANN, *op. cit.*, pag. 59 e segg., il quale ritiene che non ogni organo competente sia tenuto ad eseguire i doveri internazionali dello stato.

internazionale perchè così vuole, ed in quanto lo vuole, lo stato, di cui egli è l'organo; ma la volontà dello stato non ha il valore di un' accettazione o recezione del diritto internazionale nel diritto interno, bensì quello, tutto diverso, di un'attribuzione di competenza ([1]). La volontà dello stato si estrinseca

---

([1]) Una riprova indiretta sì, ma, se non erro, molto significativa della teoria esposta nel testo, si può avere esaminando il carattere formale delle norme giuridiche interne, che si propongono di ottenere dai funzionari l'attività richiesta dai doveri internazionali dello stato. Ora queste norme, come ha dimostrato egregiamente il TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 409 e seg., hanno, il più delle volte, carattere di norme permissive, accordano delle facoltà, piuttosto che rivolgere dei comandi. Ciò attiene a varie ragioni, che qui sarebbe inutile esporre; ma fra le altre vi è indubbiamente anche questa, che, una volta posti i funzionari in grado di compiere gli atti voluti dal diritto internazionale, essi debbono senz'altro agire nel modo imposto da questo; un comando speciale non è necessario a tale scopo, sebbene possa talvolta apparire consigliato da ragioni pratiche, in specie quando si tratta di organi relativamente indipendenti dal potere esecutivo. Questa osservazione ha molta importanza anche riguardo ai trattati internazionali. Abbiamo osservato altrove (pag. 115 e seg. e le note ivi) che la teoria dell'*ordine di esecuzione del trattato (Befolgungsbefehl)*, svolta specialmente dai pubblicisti tedeschi, è erronea od incompleta per quanto riguarda le norme della condotta individuale: possiamo ora aggiungere che è pure inesatta, se non erronea, rispetto agli organi dello stato. Essi, infatti, sono obbligati ad osservare ed eseguire il trattato indipendentemente da un ordine speciale che emanino gli organi, cui spetta la potestà legislativa e regolamentare. Le obbligazioni internazionali dello stato riguardano egualmente tutti gli organi nella cerchia della loro competenza: giuridicamente parlando, non vi è nessuna ragione per ritenere che le dette obbligazioni si riferiscano *in modo diretto* sempre e soltanto agli organi capaci di emanare norme giuridiche, ed agli altri solo *indirettamente*, ossia per mezzo dei primi. (Diversamente SELIGMANN, *op. cit.*, pag. 59, il quale distingue una duplice obbligazione derivante dal trattato, quella primaria, *primäre Verpflichtung*, consistente in ciò che lo stato ha promesso all'altro contraente, e quella secondaria, *secundäre Verpflichtung*, consistente nel dovere di emanare l'ordine di esecuzione necessario perchè l'obbligazione primaria venga adem-

dunque, rispetto al giudice, nell'attribuirgli la competenza di applicare il diritto internazionale; e ciò, nel caso nostro, avviene ordinariamente in forza di quel principio generale, secondo cui, nel dubbio e salvo disposizioni in contrario, la competenza a decidere il rapporto principale controverso implica la competenza a decidere altresì tutte le questioni pregiudiziali o

---

piuta). È vero, invece, che il più delle volte i funzionari hanno bisogno di esser posti in condizione di poter compiere gli atti necessari ad eseguire il trattato, atti che non rientrano nella sfera della competenza loro precedentemente attribuita dalla legge: ecco, allora, la necessità della funzione legislativa o regolamentare; ed il cosiddetto *ordine di esecuzione* in realtà molte volte, rispetto ai funzionari, è l'*atto di autorizzazione, l'attribuzione dei poteri* necessari per eseguire il trattato (così giustamente Triepel, *op. cit.*, pag. 416, nota 1, contro Laband, *op. cit.*, vol. II, pag. 116 e segg.): il *dovere* di eseguirlo esiste di già e deriva dal trattato stesso. L'opinione ora accennata presuppone ammesso il concetto della *norma permissiva* (vedi su ciò specialm. Bierling, *Kritik d. jurist. Grundbegriffe,* vol. II, pag. 349, *Juristische Prinzipienlehre,* vol. I, pag. 27, Zitelmann, *Intern. Privatrecht,* vol. I, pag. 43 e segg.); e veramente, dopo i recenti studi sul carattere formale delle norme, non pare che si possa contestarlo con solide ragioni; ma se anche non voglia ammettersi l'esistenza di norme, la cui forma non sia un comando o un divieto, riman sempre vero che l'imperativo della norma può, in questo caso, come in tanti altri, avere lo scopo e l'effetto di una attribuzione di competenza; che questa poi avvenga mediante una permissione o un comando è cosa che importa fino ad un certo segno: ciò che preme di mettere bene in chiaro si è che l'atto statuale, in questi casi, non è *necessariamente e sempre* un ordine di eseguire il trattato, ma può essere invece soltanto un'attribuzione dei poteri necessari per eseguirlo: vedi anche Seligmann, *op. cit.*, pag. 209, nota 1. Quando si debba ritenere una cosa e quando l'altra, è questione assai ardua e complessa, che esce affatto dal campo delle nostre attuali ricerche. Che *non sempre* basti una norma di autorizzazione, come ha risposto al Triepel il Laband nella sua ultima edizione (nota 1 a pag. 117 del vol. II), non è dubbio, ma non infirma sostanzialmente le precedenti osservazioni.

incidentali ad esso connesse [1]. Avvenuta l'attribuzione di

---

[1] Il principio generale enunciato nel testo non dà luogo, nel caso nostro, a difficoltà serie, se non per quanto riguarda i limiti della competenza dell'autorità giudiziaria in confronto a quella di altri organi dello stato; e questo punto sarà oggetto di esame particolare nel capitolo seguente. La giurisprudenza pratica di tutti gli stati ha, del resto, tacitamente riconosciuto ed applicato il principio, come lo provano le numerose sentenze citate nelle pagine precedenti. Infatti, la questione incidentale o pregiudiziale dipendente dalle norme giuridiche internazionali si presenta sempre, per natura sua, come una questione meramente accessoria di fronte alla controversia regolata dal diritto interno, nè possono mai sussistere le ragioni che, in altri casi, dànno alla controversia incidentale o pregiudiziale tanta importanza e tale autonomia da derogare al principio di cui parliamo. Nel caso nostro si può veramente dire quello che, ad altri effetti, osserva il v. Bar, *Theorie und Praxis,* vol. II, pag. 453, 479, cioè che la risoluzione della questione pregiudiziale o incidentale appartiene ai motivi di decisione della controversia principale. E d'altro lato non esistono altri organi giudiziari, la cui competenza possa impedire ai tribunali interni di pronunziarsi su questioni regolate dal diritto internazionale. Si può certamente immaginare una condizione di cose in cui, esistendo veri e propri organi giudiziari internazionali, fosse fatto obbligo ai tribunali dei singoli stati di astenersi dal risolvere anche le semplici questioni incidentali o pregiudiziali dipendenti dal diritto internazionale: in tal caso, sollevata o sorta una questione siffatta, dovrebbe il tribunale interno rinviarne la soluzione al tribunale internazionale competente e aspettarne la decisione per procedere, in base ad essa, alla risoluzione della controversia regolata dal diritto interno. Si può anche, con minor volo di fantasia e forse con maggiore razionalità, pensare che lo stato istituisca uno o più organi giudiziari appositi per la soluzione di tutte le controversie interessanti i rapporti internazionali (conflitti di legge e di giurisdizione fra stati diversi, estradizione, prede belliche, delitti contro gli stati stranieri ed i loro rappresentanti, ecc. ecc.); ed anche in tal caso si potrebbe derogare al principio, e prescrivere ai tribunali ordinari di rinviare a questi organi giudiziari speciali la soluzione di ogni questione dipendente dal diritto internazionale, ancorchè soltanto pregiudiziale o incidentale ad una controversia regolarmente sottoposta al

competenza, e dentro i limiti di questa, il giudice è in rapporto diretto col diritto internazionale; è lo stato, che, in quei casi e per quelle materie, osserva e fa valere il diritto internazionale per mezzo dell'organo suo.

In tal modo, se prima abbiamo potuto stabilire il principio che il giudice interno non applica mai direttamente alla risoluzione delle controversie di cui è investito il diritto internazionale, ora possiamo con eguale ragione stabilire quest'altro: il giudice applica sempre il diritto internazionale, quando se ne presenta il bisogno per risolvere una questione pregiudiziale o incidentale connessa ad una controversia regolata dal diritto interno. I due principî non sono affatto contraditorî, ma si richiamano e si spiegano a vicenda. Il giudice non applica il diritto internazionale direttamente alla soluzione delle controversie di cui è investito perchè, e soltanto perchè, è impossibile che queste controversie siano regolate dal diritto internazionale; ma la ragione vien meno, e con essa l'impossibilità dell'applicazione del diritto internazionale, quando non si tratta più della norma che decide la controversia, ma della risoluzione di questioni pregiudiziali o incidentali collegate con lo svolgimento del processo.

---

loro giudizio. Ma, nello stato attuale delle cose, il principio conserva tutta la sua ragion d'essere. E soltanto, come accennavo, può rimanere il dubbio se, in singoli casi, i rapporti fra la giustizia e l'amministrazione non impongano agli organi giudiziari di astenersi dal giudicare su fatti e rapporti d'ordine internazionale, rimettendosene invece al giudizio dato dagli organi del potere esecutivo. Ma si tratta di una questione diversa, che sarà esaminata a suo tempo, perchè, in ogni caso, può rappresentare un limite più o meno grave, non una negazione del principio formulato nel testo. Adottando una terminologia adoperata dagli scrittori francesi, potremmo dire che le questioni di diritto internazionale che sorgono nelle controversie di diritto interno sono, rispetto a queste, *questions préalables*, questioni *preliminari*, suscettive di essere risolute dallo stesso magistrato competente per quella principale, piuttosto che *questions préjudicielles*, questioni *pregiudiziali in senso stretto*. che, pure essendo indispensabili alla soluzione definitiva, esigono un giudizio distinto e affidato alla competenza di altri magistrati. Vedi, in proposito, LAFERRIÈRE, *op. cit.*, vol I, pag. 492.

CAPITOLO QUARTO

Questioni relative all'applicazione giudiziaria del diritto internazionale.

Ritenuto, adunque, che il giudice interno è chiamato, in certi casi, ad applicare il diritto internazionale, sorgono, e vanno qui brevemente esaminate, alcune questioni riguardanti appunto questa applicazione: quale sia la libertà lasciata al giudice nell' interpretare ed applicare il diritto internazionale; quale la conoscenza che egli ne abbia o ne debba acquistare; quali conseguenze derivino dalla violazione o falsa applicazione di questo diritto. Sono, come ognun vede, questioni di molta importanza pratica, sebbene in generale o trascurate o non viste, la cui soluzione, strettamente collegata alle premesse razionali che son venuto svolgendo, deve fornire al tema il suo naturale compimento, e forse altresì la riprova concreta della bontà dei principî su cui ho cercato di fondarne lo sviluppo.

Il criterio fondamentale da cui dobbiamo muovere ci è fornito dal risultato delle considerazioni fatte intorno alla maniera onde si determina il bisogno e la possibilità che le autorità giudiziarie interne applichino il diritto internazionale; risultato che si può brevemente formulare così: il giudice applica il diritto internazionale perchè è un organo del subietto di questo diritto, e quindi in quanto tale qualità gli è attribuita dal diritto pubblico interno, al quale spetta la istituzione degli organi e la determinazione della loro competenza rispettiva.

Di qui deriva, anzitutto, che i limiti dentro i quali è lasciata al giudice libertà d' interpretare e facoltà di applicare il diritto internazionale dipendono dal diritto interno dei

singoli stati, poichè si tratta, in sostanza, della sfera di competenza dell' autorità giudiziaria in confronto ed in rapporto alle altre funzioni del potere sovrano. Ed il principio dà luogo ad applicazioni importanti e controverse, tanto in ordine alla funzione legislativa, quanto in ordine alla funzione amministrativa o governativa.

Comincio dal primo punto. Notisi bene, però: quando, nel caso nostro, si parla di rapporti tra la funzione legislativa e la funzione giurisdizionale, non s' intende punto di affermare che il giudice interno compia, rispetto al diritto internazionale, una funzione corrispondente a quella che compie rispetto al diritto interno: i criteri che determinano la natura dei rapporti tra il legislatore ed il giudice, tra la volontà obiettivata nella legge e quella concretata nella sentenza [1], non si potrebbero di certo applicare ai rapporti in cui l'applicazione giudiziaria del diritto internazionale trovasi con la volontà collettiva degli stati obiettivata nelle norme giuridiche internazionali. I tribunali interni non hanno nè missione nè modo di compiere, rispetto al diritto internazionale, una funzione corrispondente a quella che compiono rispetto al diritto interno: tutto il presente studio è una dimostrazione di questa verità, e parmi inutile insistervi ancora. Basta osservare, del resto, che una funzione analoga a quella interna giurisdizionale sussisterebbe nei rapporti internazionali soltanto quando si avessero organi giudiziari permanenti per la dichiarazione e la tutela del diritto fra gli stati: i rudimenti di questa funzione vanno dunque ricercati, se mai, nei mezzi, limitati

---

[1] Oltre al noto scritto del Bülow, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig 1885, nelle cui idee però io non saprei interamente consentire, vedasi la larga analisi di questi rapporti in Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I, pag. 16 e segg. e specialm. 67 e segg. Recentemente il tema è stato ripreso in esame, in occasione di un caso particolare, e in rapporto immediato con la teoria del Bülow, da Unger, *Ueber die Haftung des Staates für Verzugs-und Vergütungszinsen*, nella *Zeitschrift* del Grünhut, vol. XXXI, 1903, pag. 108 e segg.

ed imperfetti, che il diritto internazionale conosce per la risoluzione delle controversie fra gli stati, specialmente nei giudizi arbitrali, e non punto nell' opera degli organi giudiziari interni, la cui funzione risponde a ben altri concetti e presenta caratteri inconciliabili coll'idea di una funzione giurisdizionale internazionale. Ai tribunali interni non è certo affidata la missione, nè di difendere il diritto obiettivo internazionale, nè di tutelare i diritti subiettivi degli stati, che trovano in quello il loro fondamento: impossibile, quindi, ravvisare nell' opera dei tribunali a questo riguardo una funzione giurisdizionale, per quanto largamente intesa [1]. La funzione

---

[1] Il concetto della funzione giurisdizionale è formulato così largamente per evitare una nota controversia, sollevata in Germania e trasportata anche fra noi nelle discussioni intorno al carattere della giustizia amministrativa; se, cioè, una vera e propria giurisdizione possa avere per ufficio esclusivo la tutela di obiettive prescrizioni giuridiche, prescindendo dalla difesa di diritti subiettivi. L'idea di una giurisdizione puramente obiettiva, già accennata dal GNEIST, *Lo stato secondo il diritto,* trad. nella *Biblioteca di scienze politiche* del BRUNIALTI, vol. VII, pag. 1294-95, è ammessa in generale dal WACH, *op. cit.,* pag. 1 e segg., dal BORNHAK, *Preussisches Staatsrecht,* Freiburg 1889-90, vol. II, pag. 413 e segg., da O. MAYER, *op. cit.,* vol. I, pag. 163 e seg., e da altri; relativamente a certi casi da G. MEYER, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts,* I, pag. 53 e seg. (ap. O. MAYER, *loc. cit.*). Fra noi la teoria è accolta da CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti,* Bologna 1903, pag. 7 e segg.; combattuta da ORLANDO, *La Giustizia amministrativa,* nel vol. III del suo *Trattato di diritto amministrativo,* pag. 728 e segg., 777 e segg., ROMANO, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative,* ibid., pag. 1172 e seg., CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa,* pag. 16 e segg., e specialm. 277 e segg. Vedi anche MORTARA, *op. cit.,* vol. I, pag. 17. Per lo scopo del nostro studio non è necessaria una discussione di questa controversia: ammettasi pure una concezione semplicemente obiettiva del processo e dello scopo processuale, ma sarà sempre impossibile ravvisare una funzione giurisdizionale nella dichiarazione del diritto internazionale fatta incidentalmente dal giudice interno.

giurisdizionale si riferisce sempre al diritto interno, e l'applicazione del diritto internazionale non è che un mezzo per l'esercizio di quella funzione [1].

Ma l'opera del legislatore e quella del giudice nell'attuare, come organi entrambi dello stato, il diritto internazionale, non può svolgersi senza dar luogo a frequenti o continui contatti. Rispetto a questi, lo svolgimento logico del principio generale enunciato sopra conduce ad ammettere che i rapporti tra la funzione legislativa e giurisdizionale sono determinati, anche in questo caso, dal diritto pubblico interno, ossia da quei medesimi criteri che informano, in generale, i rapporti di collegamento, di dipendenza, di limite dell'attività giurisdizionale in confronto all'attività legislativa. Data la neces-

---

[1] Queste considerazioni permettono di ridurre nei giusti limiti il valore dell'opinione di quelli scrittori, che attribuiscono alla giurisprudenza interna una parte sua propria nella formazione e nel riconoscimento del diritto internazionale: vedi le citazioni delle opere di Phillimore, Amos, Wharton, Kent, Woolsey, Cobbett, nella nota 1 a pag. 2 e segg. Più particolarmente se ne desume l'insostenibilità dell'opinione, assai diffusa anche fra gli scrittori del continente europeo, che vede nella giurisprudenza interna una fonte del diritto internazionale; e ciò quand'anche volesse ammettersi col Bülow, *op. cit.*, passim. e specialm. pag. 28 e segg., che la funzione giudiziaria concorre alla formazione del diritto obiettivo. Ma le sentenze dei tribunali interni possono benissimo servire come un mezzo per determinare l'esistenza di regole giuridiche internazionali ed il riconoscimento loro da parte di uno stato, in modo e per ragioni analoghe a quelle accennate già nella nota 1 a pag. 143 e segg. riguardo alle leggi interne: così esattamente il Perels, *op. cit.*, pag. 13, parlando delle decisioni delle corti inglesi ed americane in materia di prede belliche. Devesi in ogni caso, e le osservazioni fatte nel testo lo dimostrano chiaramente, distinguere il valore delle decisioni arbitrali, che sono vere e proprie applicazioni dirette del diritto internazionale per opera di organi internazionali, dalle decisioni dei tribunali interni in materie interessanti i rapporti interstatuali: inesattamente invece molti scrittori, e fra i più recenti ed autorevoli Ullmann, *op. cit.*, pag. 36, riuniscono nelle stesse considerazioni le une e le altre.

sità, o anche la semplice possibilità, di un concorso delle due funzioni allo scopo di far sì che il diritto internazionale venga dallo stato osservato ed attuato, non può esser dubbio che i rapporti ed i limiti rispettivi dipendano da quei principî di diritto pubblico interno, i quali determinano le relazioni fra i vari attributi del potere sovrano, che insieme integrano l'organismo e l'attività dello stato. Ma se il principio in sè stesso apparisce chiaro ed incontestabile, non è poi scevro di qualche difficoltà o controversia nelle applicazioni.

I due criteri fondamentali che nello stato moderno determinano i rapporti tra la funzione legislativa e la giurisdizionale, cioè la dipendenza del giudice dalla legge e la sua piena libertà nell'interpretarla ed applicarla, valgono dunque senz'altro a definire la posizione del giudice rispetto alle norme giuridiche interne emanate in conseguenza di un diritto o di un dovere internazionale dello stato, e più generalmente rispetto a tutte le norme interne che riguardano fatti o rapporti interessanti le relazioni internazionali (1). E in base ad essi va risoluta una vecchia controversia, che, mentre pone egregiamente in rilievo gli errori e le deficienze dei presupposti razionali delle teorie da me combattute, conferma in modo eloquente il valore scientifico e pratico della concezione positiva del diritto internazionale, e può servire assai bene a spiegare in modo concreto i rapporti tra la funzione giudiziaria e legislativa nel campo dei nostri studi. La questione è quella dell'obbligatorietà delle norme giuridiche interne contrarie al diritto internazionale.

Se nella letteratura moderna della nostra scienza non accade facilmente d'incontrare dichiarazioni che neghino in modo esplicito l'obbligatorietà di una legge contraria al

---

(1) Le norme di diritto interno alle quali mi riferisco sono però quelle *giuridicamente rilevanti* (imposte, vietate o permesse) dal punto di vista del diritto internazionale, e non già tutte quelle che hanno riguardo a rapporti internazionali. Sul concetto ed i caratteri della norma interna internazionalmente rilevante vedi TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 272 e segg.

diritto internazionale [1], abbondano invece le espressioni vaghe ed indeterminate, che non consentono una conclusione sicura intorno al pensiero dello scrittore [2]; e non mancano neppure

---

[1] Non manca tuttavia anche oggi qualche scrittore che professa quest'opinione o vi si avvicina. Così, ad esempio, v. BAR, *Theorie u. Praxis*, vol. I, pag. 106: « ..... *solche willkürliche Abweichungen* (delle legislazioni positive dai principî del diritto internazionale privato imposti dalla natura delle cose) *haben gewöhnlich grosse Nachtheile zur Folge, auch für denjenigen Staat, der sie erlaubt, und sie sind nicht mehr Recht, als es Recht ist, wenn ein Staat sich Abweichungen von dem eigentlichen Völkerrecht, dem öffentlichen internationalen Rechte gestattet und diese Abweichungen, soweit seine Macht reicht, durch seine Beamten und Organe gegen Privatpersonen vollstrecken lässt* ». Dunque l'obbligatorietà delle regole di diritto interno contrarie al diritto internazionale non è un'esigenza dell'ordine giuridico, ma soltanto un effetto della forza materiale dello stato: la conseguenza logica di queste premesse è che l'individuo non è tenuto ad osservare tali regole se non in quanto vi è costretto dalla necessità, e farà bene a violarle ogni volta che gli se n'offre il destro! Confr. però lo stesso autore a pag. 145 e seg., specialm. la nota 47 a pag. 146. Vedi anche PILLET, *Recherches sur les droits fondamentaux des États dans l'ordre des rapports internationaux*, nella *Revue générale de droit international public*, vol. V, 1898, pag. 87, e KAUFMANN, *op. cit.*, pag. 77 e seg.: l'uno e l'altro, attraverso molta nebulosità di concetti, accettano l'idea della non obbligatorietà del diritto interno contrario al diritto internazionale.

[2] Che una legge interna *non possa* abrogare o modificare il diritto internazionale, come in genere si limitano a dire gli scrittori (vedi, ad es., PHILLIMORE, *op. cit.*, vol. I, pag. 27 e segg.), è certamente un concetto inoppugnabile; ma il problema sta tutto nel determinare il senso e gli effetti di quel principio, e questa determinazione appunto manca quasi sempre negli scrittori. Accade, invece, talvolta d'incontrare qualche tentativo di una determinazione più precisa fondato su concetti intrinsecamente sbagliati: così il v. HOLTZENDORFF, *Einleitung*, pag. 118-119, assimila, con manifesto errore, le leggi contrarie al diritto internazionale alle leggi incostituzionali; ma ritiene poi giustamente che l'autorità giudiziaria non possa sindacare la legittimità internazionale delle leggi regolarmente pubblicate.

le opinioni intrinsecamente contradittorie ([1]). E di queste incertezze e contradizioni non è difficile scorgere la causa nella superstite tradizione delle teorie filosofiche del diritto naturale, specialmente per quei concetti che cercai di riassumere nelle prime pagine di questo studio, i quali, in sostanza, portano a compenetrare fra loro il diritto internazionale ed interno, e a considerare ogni legge positiva, non già come la creazione del diritto, ma piuttosto come la dichiarazione di un ordine giuridico preesistente e tale di per sè stesso da obbligare, in pari tempo e modo, gl' individui e le aggregazioni umane. Perocchè, date queste idee, è tutt' altro che ingiustificato domandarsi se veramente debbano gl' individui osservare una legge, la quale contrasta con altri precetti del pari obbligatorî, o che, violando precetti d' ordine superiore e categoricamente imperiosi tanto per il legislatore che l'emanò quanto per i privati a cui si rivolge, si rivela, a rigore, priva d'ogni valore giuridico. Di fronte, però, alle obiezioni e difficoltà pratiche che si oppongono ad ammettere la non obbligatorietà di leggi positive, è naturale che i più abbiano cercato di attenuare le ultime conseguenze che discenderebbero logicamente da quelle premesse; e di qui le opinioni vaghe ed incerte, i pensieri spesso contradittorî, che caratterizzano questa pagina della nostra disciplina.

A conclusioni ben diverse e ben altrimenti esatte ci conduce, se non m' inganno a partito, il logico svolgimento dei principî da noi propugnati. E prima di tutto bisogna, in base a questi,

---

([1]) Tale è, secondo me, quella di chi nega il *valore giuridico* delle leggi contrarie al diritto internazionale e ritiene, nonostante, che il giudice sia *obbligato* ad applicarle. Così il v. Bar, che nel passo citato sopra (pag. 200 nota 1) riduce il valore di queste leggi a un puro fatto, soggiunge poi nella nota 47 a pag. 146 dello stesso volume: « *Für die Gerichte ist immer massgebend diejenige Auffassung, welche die gesetzgebende Gewalt über die Verpflichtungen des Staates gegenüber dem Auslande hat* ». Ma se la legge contraria al diritto internazionale ha virtù di *obbligare* il giudice ad applicarla, come è possibile dire « *sie ist nicht Recht* » ? (pag. 106).

determinare esattamente in qual senso si può parlare di una contradizione fra il diritto interno ed il diritto internazionale.

Se le regole del diritto internazionale non possono, per la loro stessa natura, obbligare altro che gli stati [1], ne segue che coloro i quali sono sottoposti all' autorità dello stato, e quindi delle norme giuridiche emanate da questo, non essendo altresì sottoposti all' autorità del diritto internazionale, i cui precetti sono, di fronte a loro, giuridicamente irrilevanti, non possono mai, per questo motivo, trovarsi di fronte a due norme in contradizione fra loro. Come non costituisce una contradizione, rispetto all' ordine giuridico vigente in Italia, la differenza fra i principî ammessi da noi e in Francia, per esempio circa lo scioglimento del matrimonio, perchè la sfera di obbligatorietà degli uni e degli altri è assolutamente diversa e distinta [2],

---

[1] Vedi sopra pag. 41 e segg.

[2] Occorre appena notare che i cosiddetti *conflitti di legge*, che dànno luogo ai problemi del diritto internazionale privato, traggono la loro origine, non già dal fatto che uno stesso rapporto si trovi contemporaneamente soggetto a norme giuridiche diverse o inconciliabili, ma soltanto dal fatto che più leggi diverse hanno con esso qualche relazione, di guisa che si rende necessario determinare il limite respettivo della loro efficacia, ossia la loro competenza a regolarlo in tutto o in parte: il conflitto sussiste fra due o più ordini giuridici distinti, non in ciascuno di essi. Di qui il carattere, già accennato altrove, che ricollega quest' ordine di questioni al punto di vista proprio del diritto internazionale; di qui, anche, la sostanziale verità del concetto di un sistema di principî, che stabiliscono i ***limiti dell' impero delle regole di diritto nello spazio***, esposto dal SAVIGNY (*System*, vol. 8), e accolto dipoi in Germania da WINDSCHEID, *Pand.*, § 34, STOBBE, *op. cit.*, § 29, ROTH, *System des deutschen Privatrechts*, Tübingen 1880-86, vol. I, § 5, BÖHLAU, *op. cit.*, vol. I, pag. 415, BÖHM, *Die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen*, Erlangen 1890; in Svizzera da HUBER, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, Basel 1886-93, vol. I, § 8, ecc. Le osservazioni del NIEMEYER, *Vorschläge u. Materialien*, pag. 30 e seg., a parte quelle che riguardano l' esattezza dell' espressione, non mi pare che colgano l' elemento sostanziale di verità contenuto in quel concetto.

così non è una contradizione *nell' ordine giuridico italiano* la non corrispondenza fra una norma che impone allo stato un dovere e quella che lo stato emana per regolare la condotta dei privati: anche in questo caso la differenza cade su due norme appartenenti a due cerchie giuridiche distinte; i privati non sono soggetti a due norme diverse, ma ad una sola; la contradizione è *al di fuori* dell'ordine giuridico interno, *non dentro* di esso.

Dal punto di vista dell' ordine giuridico interno, una contradizione fra questo ed il diritto internazionale non è dunque ammissibile, anzi, a rigore, neppure giuridicamente concepibile. Ed invero, per affermare che di due principî giuridici uno è o non è obbligatorio a seconda del rapporto in cui si trova con l' altro, è necessario che al di sopra di tutti e due esistano altri principî, i quali permettano di stabilire ed apprezzare i termini di quel rapporto. Si può dichiarare non obbligatorio un regolamento contrario ad una legge, perchè al di sopra della legge e del regolamento vi è la costituzione, la quale stabilisce che i regolamenti non possono disporre contrariamente alle leggi; ma nel caso nostro questi principî mancano affatto, perchè non vi è un ordine giuridico che abbracci il diritto internazionale ed il diritto interno insieme, sia superiore all' uno ed all' altro, obbligatorio in pari tempo per gli stati e per gl' individui. La conformità o disformità dei principî giuridici nell' uno e nell' altro campo, è, per coloro che sono soggetti all' ordine giuridico interno, un puro giudizio logico, non un fatto giuridicamente rilevante. L' obbligatorietà del diritto interno non può dipendere dal diritto internazionale, più di quello che possa dipendere dal diritto interno l' obbligatorietà del diritto internazionale; l' uno e l' altro sono obbligatorî nella propria cerchia, ed in questa soltanto. Come le disposizioni di una legge interna non valgono a dispensare lo stato dall' adempimento de' suoi doveri internazionali, nè lo esonerano dalla responsabilità incorsa per non averli adempiuti, così nulla aggiunge e nulla toglie al dovere individuale di osservare la legge il rapporto in cui questa si trova col diritto internazionale: sono due momenti

assolutamente diversi ed eterogenei, fra i quali non sussiste, per quanto riguarda la respettiva obbligatorietà delle norme, verun rapporto di subordinazione o di dipendenza (¹).

E qui appaiono ancor più chiaramente le ragioni per cui nella scuola del diritto naturale la questione potè esser posta e discussa (²). Precisamente perchè questa teoria creava l'elemento, il termine di paragone, che la concezione positiva del diritto non può ammettere; lo creava col concetto di un ordine giuridico anteriore ad ogni realtà concreta, ad ogni forma del diritto positivo, sia interno, sia internazionale. In quest'ordine giuridico si riunivano, in certo modo, tutte le proposizioni del diritto storico e fenomenico; ed esso poteva bene determinarne i rapporti, in base ad esso si poteva affermare ed apprezzare la conformità o disformità di principî giuridici fra loro eterogenei, discuterne l'intrinseca validità ed obbligatorietà.

Tutto ciò dal punto di vista dell'ordine giuridico interno. Ma da un altro punto di vista si delinea un'importante serie di rapporti fra il diritto internazionale ed il diritto interno, che concorre a determinar meglio l'esatto significato del problema proposto. Lo stato, che è il soggetto cui si rivolge l'imperativo delle norme giuridiche internazionali, è, in pari tempo, l'organo della formazione del diritto interno: inoltre, la condotta imposta dal diritto internazionale allo stato richiede

---

(¹) Confr. TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 256 e segg. Vedremo fra poco che, *in un altro senso*, il diritto interno si può veramente considerare subordinato al diritto internazionale.

(²) Come riprova caratteristica di ciò che dico nel testo, vedasi specialmente PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, lib. VIII, cap. 1 « *de iure dirigendi actiones civium* », dove discute i rapporti fra le leggi positive e la legge di natura: particolarmente istruttivo per il caso nostro è il § 8 « *an civis iussu regis recte militet in bello iniusto* » Su questo punto speciale, che fu sempre una *vexata quaestio* degli scrittori del diritto naturale, vedi anche GROZIO, lib. II, cap. 26, § 4, e BURLAMAQUI, *Principes du dr. polit.*, lib. III, cap. 1, § 23 e segg., lib. IV, cap. 1, § 17.

spesso, direttamente o indirettamente [1], l'emanazione di norme giuridiche interne, nel modo e per le ragioni già prima esposte. I doveri internazionali dello stato costituiscono perciò un complesso di limiti giuridici della funzione legislativa [2], nel senso che lo stato, essendo giuridicamente [3] tenuto verso gli altri stati ad una determinata condotta, non può emanare norme giuridiche interne contrarie a ciò che il diritto internazionale esige da lui. L'atto contrario al diritto internazionale è l'atto dello stato in sè stesso, perchè il diritto interna-

---

[1] Su questa distinzione vedi TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 299 e segg.

[2] Di questi limiti si parla generalmente in riguardo ai trattati internazionali: vedi, ad esempio, JELLINEK, *Gesetz u. Verordnung*, pag. 261 e segg.; WHARTON, *Digest*, vol. II, § 138; FIORE, *Dir. intern. pubblico*, vol. II, n. 1053; CAMMEO, *Le manifestazioni della volontà dello stato nel campo del diritto amministrativo*, nel *Trattato di diritto amministrativo* dell'ORLANDO, vol. III, pag. 64; ROMANO, *art. cit.*, nell'*Archivio del dir. pubblico*, pag. 26 dell'estratto, ecc. Ma non sembra potersi mettere in dubbio che il principio abbia una portata assai maggiore, e si riferisca a tutto il diritto internazionale. Questi doveri giuridici degli organi legislativi hanno il carattere di una *lex imperfecta* (così anche TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 407, e JELLINEK, *Recht d. mod. Staates*, vol. I, pag. 568 e seg.); e si può fondatamente ritenere che sieno i *soli limiti giuridici* che incontra lo stato moderno rispetto alla sua più elevata funzione (contrariam. ROMANO, nell'*art. cit.*), per l'impossibilità di trovare, in ogni altro caso, un subietto corrispondente all'obbligazione giuridica dello stato. Su questa questione vedi, oltre ROMANO e gli autori da lui citati, v. MARTITZ, *Ueber den constitutionellen Begriff des Gesetzes*, nella *Zeitsch. f. d. ges. Staatswiss.*, vol. XXXVI, 1880, pag. 259 e segg.; EISELE, *art. cit.*, nell'*Archiv f. d. civ. Prax.*, vol. LXIX, 1886, pag. 283 e segg.

[3] Il concetto enunciato nel testo presuppone il carattere giuridico delle norme che regolano i rapporti interstatuali: chi non ammette questo, non può naturalmente parlare, neanche nel caso nostro, di *limiti giuridici* della funzione legislativa, ma soltanto di doveri morali, di riguardi di convenienza, di criteri politici, e via dicendo; così, ad esempio, J. K. STEPHEN, *International law and international relations*, London 1884 (citato da TRIEPEL, pag. 137 nota 1 e 269 nota 2).

zionale si rivolge sempre e soltanto allo stato come tale, nella sua unità: non dunque la norma giuridica interna, ma il fatto di averla emanata mentre il diritto internazionale lo vietava [1] o di non averla emanata quando l'imponeva [2]; non il contenuto della norma, ma la condotta statuale dipendente dall'applicazione della norma, dall'effettuazione dell'agire umano a cui essa si riferisce [3]. A rigore, dunque, il diritto interno,

---

(1) Tale sarebbe il caso di uno stato che, dopo essersi obbligato ad accordare agli stranieri la tutela giudiziaria nello stesso modo ed alle medesime condizioni dei cittadini, emanasse una legge che imponesse ai primi, e non ai secondi, l'obbligo di prestare la *cautio iudicatum solvi*: l'atto contrario al diritto internazionale sarebbe l'emanazione stessa di questa legge. Non diverso sarebbe il caso se lo stato mantenesse in vigore leggi contrarie al diritto internazionale; ad esempio, la legge che impone agli stranieri l'obbligo della *cautio iudicatum solvi*, dopo essersi obbligato ad abrogarla. Nell'uno e nell'altro caso, gli stati interessati avrebbero una pretesa giuridica direttamente rivolta all'abrogazione della legge emanata o mantenuta in vigore.

(2) Può valere come esempio l'articolo primo della convenzione, già citata, per la difesa contro l'invasione fillosserica: la mancata emanazione delle leggi imposte dalla detta convenzione rappresenterebbe, in questo caso, l'atto contrario al diritto internazionale. Lo stesso deve dirsi della mancata pubblicazione del trattato, in tutti quei casi in cui la pubblicazione, che è l'emanazione delle norme giuridiche interne volute dal trattato, è necessaria per l'adempimento degli obblighi imposti da questo. La pretesa giuridica dei terzi stati avrebbe, in questi casi, direttamente per oggetto l'emanazione delle norme imposte dal diritto internazionale.

(3) Rientrano in questa categoria tutti quei casi in cui uno stato non si trova in grado di adempiere ai suoi doveri internazionali per motivi dipendenti dalle condizioni della legislazione interna; ad esempio, perchè questa non gli permette di punire certi fatti, o di impartire ai funzionari certi ordini, o d'impedire ai privati di tenere una determinata condotta, e via dicendo. Il fatto internazionalmente rilevante non è qui, dunque, la emanazione o la non emanazione di determinate norme, ma il contegno del governo, comunque poi questo sia collegato con le disposizioni di legge vigenti nello stato. E mentre

come tale, non potrebbe mai dirsi contrario al diritto internazionale, perchè contraria è soltanto la condotta dello stato [1]: tuttavia, poichè l'atto dello stato, in questi casi, si concreta nell'emanazione o non emanazione delle norme, o si collega indissolubilmente alla loro esistenza ed al loro contenuto, così possiamo anche parlare di un diritto interno contrario al diritto

---

nei casi precedentemente accennati il fatto solo di aver emanato o di non avere emanato una legge costituiva una violazione del diritto internazionale, in quelli di cui parliamo la violazione si ha allora soltanto che la condotta dello stato, dipendente dal diritto interno, si è esplicata in un fatto, positivo o negativo, contrario al diritto internazionale. La pretesa dei terzi stati non è diretta ad ottenere l'emanazione di certe norme o l'abrogazione di certe altre, ma soltanto una condotta corrispondente ai doveri internazionali dello stato; libero poi questo di darsi le leggi che crede migliori per assicurare tale condotta. Sulla distinzione fra il diritto interno *direttamente* e *indirettamente* contrario al diritto internazionale, vedi TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 309 e segg.

[1] In questo senso anche TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 272 e segg., specialm. 273 nota 2. A conferma della teoria brevemente esposta sta anche il fatto che, mentre il diritto interno direttamente contrario al diritto internazionale può assumere qualunque carattere formale (comando, permesso o divieto), appunto perchè la violazione si concreta nell'esistenza stessa della legge (emanazione o non abrogazione), il diritto interno indirettamente contrario al diritto internazionale non può avere il carattere formale di un permesso, non può essere soltanto una attribuzione di facoltà, perchè l'attribuzione di una facoltà non implica di per sè che se ne debba far uso; e quindi, anche se la facoltà concessa ha per contenuto un atto vietato dal diritto internazionale, non ne segue che si debba considerare contraria al diritto internazionale la norma che la concede. La legge che attribuisce al governo la potestà di concedere patenti di corsa non è una legge contraria al diritto internazionale, anche trattandosi di uno stato che si è obbligato a non accordare queste patenti e rispetto agli stati verso cui l'obbligo esiste, perchè il governo può non usare mai di tale facoltà: è chiaro, invece, che la legge sarebbe contraria al diritto internazionale se *ordinasse* di accordare le patenti a chi ne facesse domanda. Confr. TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 415, nota 2.

internazionale. Ma se così è, ed eccoci alla conclusione importante per il nostro problema, la contradizione ha valore giuridico soltanto dal punto di vista del diritto internazionale, perchè si tratta unicamente del non adempimento, da parte dello stato, di doveri internazionali, consistenti, sia nell'emanare o non emanare determinate norme interne, sia nel tenere un determinato contegno, collegato in qualsiasi modo all'esistenza o al contenuto del diritto interno. In altri termini: le conseguenze giuridiche del possibile contrasto fra i doveri internazionali dello stato ed il diritto in esso vigente si svolgono tutte e soltanto nel campo del diritto internazionale, perchè soltanto in questo si possono concretare in fatti giuridicamente rilevanti.

Poichè lo stato è soggetto all'autorità del diritto internazionale, e la creazione del diritto interno è una forma d'attività dello stato, così, in questo senso particolare e ben determinato, possiamo ammettere un rapporto di subordinazione del diritto interno al diritto internazionale (1). La subordinazione consiste in ciò, che il diritto internazionale può ordinare allo stato di avere o non avere un determinato diritto interno, mentre il diritto interno non può mai imporre nè l'esistenza nè il contenuto del diritto internazionale (2).

---

(1) Confr. specialmente TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 264 e segg. Vedi anche KAUFMANN, *op. cit.*, pag. 78, e DIENA, *op. cit.*, pag. 15: il concetto, del resto, è generalmente ammesso, sebbene per solito non sia chiaramente inteso e formulato.

(2) È quasi inutile avvertire che ben diverso è il caso, assai frequente, in cui il diritto internazionale si riferisce al diritto interno e collega, in qualsiasi modo, l'applicabilità delle proprie norme all'esistenza ed al contenuto di esso; così, ad esempio, si riporta alle leggi che determinano l'appartenenza degli individui allo stato, in tutti quei casi in cui le sue norme si riferiscono al rapporto di sudditanza; si riporta alle leggi che determinano la nazionalità delle navi, nelle regole relative alla navigazione; e via dicendo. In tutti questi casi, però, non si può scorgere nessun rapporto di dipendenza del diritto internazionale dal diritto interno, perchè la libertà che in

Il rapporto di subordinazione non riguarda dunque, nè vuol riguardare, l'obbligatorietà del diritto interno. Questo obbliga perchè è l'emanazione della volontà competente a crearlo: che poi corrisponda o no a quel che impone allo stato il diritto internazionale, è una cosa che interessa soltanto il diritto internazionale, ossia i rapporti dello stato con gli altri stati; è un fatto che può essere inteso ed apprezzato unicamente dal punto di vista dell'ordine giuridico internazionale, come adempimento o inadempimento dei doveri dello stato verso gli altri stati. L'atto legislativo, il contegno dello stato dipendente da norme giuridiche interne può esser contrario al diritto internazionale; ma non per questo le norme legalmente emanate sono meno obbligatorie per coloro a cui si rivolgono, e che a queste norme, non ai principî del diritto internazionale, sono soggetti.

La conclusione alla quale giungiamo è dunque questa: che il valore obbligatorio dell'ordine giuridico interno è affatto indipendente dal rapporto in cui si trova col diritto internazionale, e che, pertanto, il diritto contrario a questo obbliga tutti coloro che sono soggetti all'autorità che l'ha emanato. Di qui deriva, anzitutto, che l'obbligatorietà del diritto interno contrario al diritto internazionale si riferisce tanto ai privati, quanto agli organi dello stato, che hanno una posizione subordinata rispetto alla funzione legislativa, e quindi in particolare agli organi giudiziari. Ai privati, di fronte ai quali la differenza fra il diritto interno ed il diritto internazionale non è un fatto giuridicamente rilevante ([1]). Ma anche

---

tal guisa rimane ai singoli stati, anche nel determinare l'applicabilità di certe norme, l'esistenza di certi doveri internazionali, è una libertà voluta dallo stesso diritto internazionale, il cui valore obbligatorio comincia, se così posso esprimermi, laddove finisce questa cerchia di libera attività dello stato. Vedi ANZILOTTI, ***Responsabilità dello stato***, pag. 36.

([1]) Il fondamento e la generalità del principio bastano a dimostrare che non riguarda soltanto le norme giuridiche, ma ogni atto legittimamente compiuto dalle competenti autorità. Il dovere di obbe-

agli organi giudiziari; imperocchè, se è vero che il giudice, come organo dello stato, è tenuto ed autorizzato a far valere i principî del diritto internazionale ogni volta che se ne presenta il bisogno nell'esercizio della funzione di cui è investito, è vero altresì che ciò non può accadere se non in forza e nei limiti della competenza, che gli è attribuita dal diritto interno. Il diritto internazionale si rivolge allo stato nella sua totalità; il diritto interno soltanto determina le funzioni e la competenza degli organi per l'esplicazione dell'attività richiesta dal diritto internazionale. All'esplicazione di questa attività i vari organi concorrono con le loro funzioni coordinate e dipendenti, nel modo voluto dall'organizzazione giuridica dello stato; onde, dato il principio fondamentale dello stato moderno di dipendenza della funzione giurisdizionale, come di ogni altra funzione statuale, dal diritto obiettivo, non può esser dubbio, che, quando il legislatore ha emanato una norma, gli organi che hanno per missione di applicarla e farla valere non possano negarne o disconoscerne il valore per verun motivo, e quindi neanche per una reale o pretesa contradizione coi doveri internazionali dello stato; e non ricevendo questa competenza dal diritto interno, non è dato vedere da quali altri principî si potrebbe desumerla. Il giudice, pertanto, non può mai rifiutarsi di applicare una norma giuridica interna, emanata da chi ne aveva il potere, per quanto manifestamente contraria al diritto internazionale.

---

dienza dell'individuo verso lo stato (vedi, in proposito, v. Gerber, *Grundzüge* ecc., §§ 15 e segg., Laband, *op. cit.*, § 15, n. I, pag. 128 e segg. del vol. I), non è in nulla alterato dal rapporto in cui gli atti di questo si trovano col diritto internazionale: una sentenza o un atto amministrativo, che contengono disposizioni contrarie al diritto internazionale, hanno lo stesso valore obbligatorio che avrebbero se disponessero nel modo voluto da questo diritto. Come principio generale, si può stabilire che un atto dello stato non è mai privo di effetti giuridici interni unicamente perchè contrario al diritto internazionale: confr. v. Martitz, *Internationale Rechtshilfe ecc.*, vol. I, pag. 414 e Triepel, *op. cit.*, pag. 261.

Questo principio, sul quale ormai può dirsi unanime il consenso (1), poichè lo accettano anche coloro, che, da un punto di vista razionale, propendono a negare il valore giuridico del diritto interno contrario al diritto internazionale, discende logicamente dal rapporto che passa fra la funzione legislativa e giurisdizionale nello stato, e non ha quindi bisogno di cercare appoggio in altri concetti, più o meno inesatti, intorno alle relazioni fra il diritto internazionale ed interno. Così, ad esempio, è perfettamente inutile ricorrere al concetto esposto

---

(1) Vedansi, fra i molti: BLUNTSCHLI, *Dr. intern. cod.*, § 847; HOLLAND, *International Law and Acts of Parliament*, citato, nella *Law Quarterly Review*, vol. IX, pag. 151 e segg., e nella *Zeitsch.* del BÖHM, vol. IV, pag. 60 e segg.; v. BAR, *op. cit.*, vol. I, pag. 5, 146 nota 47; BURGESS, *Political science and comparative constitutional law*, vol. II, Boston and London 1891, pag. 137; GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, vol. I, pag. 213; ZITELMANN, *op. cit.*, vol. I, pag. 75; TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 263 e seg.; DIENA, *op. cit.*, pag. 77; LOENING, *Die Gerichtsbarkeit* ecc., pag. 80, ecc. Vedasi anche il giudizio di sir COCKBURN, nel celebre affare *The Queen* v. *Keyn*, ap. COBBETT, *op. cit.*, pag. 16, ed una sentenza del tribunale dell'impero germanico 2 giugno 1881 *(Entscheid. d. R. G. in Strafsachen,* vol. IV, pag. 274): altre due sentenze che affermano questo principio, una del tribunale superiore di commercio dell'impero germanico ed una del tribunale superiore amministrativo della Prussia, sono brevemente riassunte da TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 399 nota 1. Per la giurisprudenza americana vedi le citazioni in WHARTON, *Digest*, vol. II, § 138. Le autorità contrarie, quasi tutte più antiche, citate da HOLLAND, *(loc. cit.)* e da KAUFMANN, (*op. cit.*, pag. 15-16, 79 e segg.), si spiegano, in parte, con l'erroneo concetto che considerava la giurisdizione dei tribunali delle prede come una giurisdizione internazionale, in parte, con la mancanza di una chiara distinzione fra il trattato internazionale e le norme giuridiche interne create con la pubblicazione di esso, in parte, infine, sono espressioni inesatte od oscure di un concetto giusto, sul quale tornerò fra breve, vale a dire che le leggi interne devono, *possibilmente*, interpretarsi in modo da attribuir loro quel significato, che le mantiene in armonia coi doveri internazionali dello stato.

dal Bluntschli [1], secondo cui il diritto interno prevarrebbe al diritto internazionale come un diritto particolare rispetto al diritto generale: la differenza assoluta dei rapporti regolati dall'uno e dall'altro dimostra insostenibile quest'idea, la quale parte invece dal presupposto di relazioni identiche, regolate da norme diverse, che emanano da fonti distinte (diritto locale e diritto comune, diritto di corporazioni particolari, ad esempio della chiesa, e diritto statuale, ecc., rispetto alle materie regolate dall'uno e dall'altro).

Ma non è neanche esatto desumere quel principio da un rapporto di sussidiarietà del diritto internazionale rispetto al diritto interno, per il quale il primo riceverebbe applicazione allorchè manca, in tutto o in parte, il secondo, come ritiene, ad esempio, lo Strisower, relativamente ai principî che regolano la condizione giuridica degli agenti diplomatici [2], e fino ad un certo punto lo Zitelmann, per quanto riguarda l'applicabilità nello stato del suo « *diritto internazionale privato iper-statuale* » [3]. Imperocchè, anche prescindendo da uno

---

[1] *Dr. intern. cod.*, § 8: « *Le domaine du droit international s'étend aussi loin que les droits de l'humanité. Dès que le domaine spécial des états commence, la loi particulière prime la loi générale* ».

[2] Strisower, *Exterritorialität*, nel *Oesterreichisches Staatswörterbuch*, vol. I, Wien 1895, pag. 424: « *Die völkerrechtlichen Grundsätze... gelten ihrer Natur nach subsidiär in den einzelnen Staaten* ». Questo concetto apparisce spesso negli scrittori, quando voglion determinare il diritto applicabile dai tribunali delle prede (vedi sopra pag. 83 nota 2, 86 nota 1): in generale se ne valgono per stabilire che, in tutto quanto non è previsto dalle leggi e dai regolamenti dello stato, i giudici delle prede devono applicare il diritto internazionale; alcuni però ritengono che, in questa materia, le leggi dei singoli stati sieno destinate esse a supplire al diritto internazionale, integrandone le lacune e dichiarando i punti incerti o dubbiosi; il rapporto resterebbe il medesimo, ma i termini sarebbero invertiti.

[3] Zitelmann, *Intern. Privatrecht*, vol. I, pag. 74 e segg., 196, e altrove. Questo scrittore dichiara esplicitamente che il diritto internazionale privato iper-statuale ha nello stato il valore di un diritto sussidiario « *innerstaatlich die Kraft eines subsidiär geltenden Rechts*

scambio continuo di termini, molto ben rilevato dal Triepel (¹), fra diritto internazionale e diritto interno voluto dal diritto internazionale, ma non formulato esplicitamente, si dimentica, anche in quest'affermazione, che i rapporti regolati dalle norme giuridiche internazionali sono ben distinti da quelli a cui si applicano le norme giuridiche interne, e che al diritto internazionale il giudice ricorre soltanto per desumerne delle premesse all'applicabilità di determinate norme interne. Di un vero rapporto di sussidiarietà fra l'uno e l'altro, nel senso ora detto, non si può dunque in alcun modo discorrere. Diritto sussidiario è quello che riceve applicazione allorchè il diritto normale manca, o non vuol regolare certi determinati fatti; ma se due diritti regolano relazioni diverse ed eterogenee, è impossibile che l'uno entri nel posto dell'altro, ed è impossibile, per conseguenza, che fra loro interceda un rapporto di sussidiarietà.

Non voglio però escludere con questo che, in un certo senso, si possa anche dire che l'applicazione giudiziaria del diritto internazionale presenta un carattere sussidiario, ossia è subordinata alla mancanza di manifestazioni di volontà del legislatore, le quali rendano inutile o impossibile il ricorso

---

hat », in quanto ogni ordinamento giuridico territoriale contiene implicito il principio che il giudice, in mancanza di una diversa manifestazione di volontà del legislatore, debba applicare la legge ritenuta competente, nei singoli casi, dalle regole del diritto internazionale privato iper-statuale. Ma, secondo lo ZITELMANN *(loc. cit.*, e passim.), i principî del diritto internazionale privato iper-statuale valgono nello stato, in forza di una specie di recezione, come diritto interno e non come diritto internazionale, perchè il giudice non applica mai il diritto internazionale: « *bloss an dieses innerhalb seines Staates geltende Recht ist der Richter des einzelnen Staats gebunden* ». Onde, il concetto di cui parliamo assume in lui un significato alquanto diverso da quello che ha negli scrittori che ritengono il giudice interno capace di applicare il diritto internazionale, perchè le norme sussidiarie sono anch'esse, secondo ZITELMANN, norme giuridiche interne.

(¹) TRIEPEL, *op. cit.,* pag. 255-56. Ma le osservazioni del Triepel su questo punto cadono in una grave contradizione, che avrò occasione di rilevare fra poco.

alle norme giuridiche internazionali. Il legislatore, che collega le sue norme a premesse di fatto o di diritto dipendenti dalle norme giuridiche internazionali e rinvia, esplicitamente o tacitamente, il giudice a queste norme, può invece determinare egli stesso il valore o il significato di tali premesse, e così togliere al giudice l'opportunità di ricorrere al diritto internazionale. Invece di riferirsi ai « reati commessi in territorio estero » il legislatore dichiara quali reati, dal punto di vista della legge penale, devono considerarsi commessi nello stato o fuori: invece di parlare di persone « cui spetta il privilegio dell'estraterritorialità » determina quali sono le persone alle quali accorda questa posizione privilegiata: invece di dettar norme per gli « atti compiuti in tempo di guerra » stabilisce che, per gli effetti contemplati da quella data legge, il principio del periodo di guerra sarà determinato dalla data della dichiarazione, o dell'*ultimatum*, o, in mancanza, dal primo atto di ostilità effettiva; e via dicendo (1). Ora, poichè non è

---

(1) Si presentano qui spontanee due domande, di cui, per evitare digressioni non strettamente necessarie, preferisco far cenno in una nota. Qual carattere hanno le disposizioni legislative, il cui contenuto è semplicemente la dichiarazione di una regola di diritto internazionale? E come si concilia questo fatto con l'assoluta distinzione fra diritto internazionale e diritto interno, che costituisce il fondamento del nostro studio? In sè stesso, se ben guardiamo, il contenuto di tali disposizioni è, rispetto all'ordine giuridico interno, una semplice *constatazione di fatto*, cioè la constatazione che, in un dato caso, esistono o no certe premesse per l'applicazione di certe norme, per il compimento di certi atti. Prescindendo dal rapporto di questa constatazione con le conseguenze giuridiche che vi collegano altre norme di diritto interno, come dirò fra un momento, ci troviamo davanti ad un caso tipico di *legge formale* nel senso più esatto della parola, cioè ad una di quelle leggi che i tedeschi hanno chiamato « *Gesetze mit unverbindlichen Inhalt* »; più esattamente, *leggi il cui contenuto non è un precetto giuridico*. (Confr. JELLINEK, *Gesetz u. Verordnung*, pag. 232; SELIGMANN, *Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag*, vol. I, Freiburg i. B. 1888, pag. 38 e segg.; EISELE, *art. cit.*, nel vol. 69 dell'*Archiv f. d. civ. Prax.*, passim.; CAMMEO, *Le manifestazioni di*

dubbio che in questi casi cessa ogni possibilità di applicazione del diritto internazionale da parte del giudice interno, così può ben dirsi che quest'applicazione ha un carattere sussidiario, in quanto presuppone la mancanza di dichiarazioni legislative intorno al punto regolato dal diritto internazionale. Ma non è men certo che si tratta di una sussidiarietà tutta speciale: non è già che il diritto internazionale venga a colmar le lacune del diritto interno, ma è che l'applicazione giudiziaria del diritto internazionale riposa sopra la volontà dello

---

volontà ecc., pag. 88 e segg). E qualora una disposizione di tal genere si trovasse in un regolamento, si avrebbe un regolamento *formale non materiale*, nel senso in cui questa distinzione è accolta da Jellinek, *ibid.*, pag. 384, e Laband, *op. cit.*, vol. II, pag. 78 e segg. (regolamento che non contiene una norma giuridica, nè un atto di amministrazione), sebbene il caso sia alquanto diverso da quelli a cui si riferiscono i detti scrittori. Ma, in realtà, disposizioni siffatte, che stieno di per sè, sono rarissime, se pur ne esistono; nel fatto, si collega sempre la dichiarazione legislativa di un principio di diritto internazionale ad altre norme giuridiche interne, e va quindi considerata in relazione a queste: si vede allora che essa serve a completare o chiarire i precetti contenuti nelle norme interne, e partecipa così al carattere imperativo, proibitivo o permissivo di queste. E non vuolsi dimenticare che talora il richiamo alla norma internazionale, o la riproduzione di essa, può esprimere la volontà dello stato di esercitare una facoltà conferitagli dal diritto internazionale, o può anche contenere un'attribuzione di competenza ai funzionari per compiere determinati atti. Però, e questo è il punto fondamentale per noi, il valore giuridico della disposizione deriva soltanto dal rapporto con altre norme di diritto interno; in sè stessa sarebbe una semplice constatazione di fatto, non una norma giuridica; il che prova che non v'è contradizione fra l'esistenza di queste leggi e la regola generale, secondo cui le norme giuridiche internazionali ed interne sono fra loro sempre ed assolutamente distinte. Infatti, in questi casi non si ha un principio giuridico appartenente nello stesso tempo al diritto internazionale ed interno, ma un principio giuridico internazionale, di cui la legge interna constata semplicemente l'esistenza ed il tenore, così come, in altri casi, la legge contiene puri precetti morali, dati di fatto, apprezzamenti, ecc.

stato di osservarlo e farlo valere, e cessa quando questa volontà si è manifestata in modo da renderla inutile o impossibile. Il vero motivo giuridico dell'obbligatorietà, per i giudici, del diritto interno, anche contrario al diritto internazionale, è sempre e soltanto la dipendenza della funzione giudiziaria dalla funzione legislativa ([1]).

([1]) Credo che queste considerazioni valgano a farmi evitare una contradizione ed un errore in cui è caduto il TRIEPEL. Egli, nel combattere la teoria che tra le fonti del diritto internazionale ed interno scorge un rapporto di sussidiarietà, preoccupato soltanto dello scambio che, a quêsto proposito, si fa quasi da tutti fra diritto internazionale e diritto interno ad esso corrispondente (*Völkerrecht-völkerrechtsgemässes Landesrecht*), non vede che in certi casi non si tratta di diritto interno non posto esplicitamente, ma di vero e proprio diritto internazionale, la cui applicazione può, come sempre, essere esclusa dalla diversa volontà del legislatore. Il TRIEPEL si ferma specialmente sopra un punto, il cosiddetto *diritto internazionale privato iper-statuale* di ZITELMANN: e su questo mi fermerò brevemente anch'io, perchè interessa sotto più d'un aspetto il nostro studio. Prescindo qui, come fa del resto anche il TRIEPEL, dal ricercare se sia giusto e accettabile il concetto di un *diritto internazionale*, nello stretto e vero senso della parola, relativo alla determinazione della competenza legislativa dei vari stati, così com'è inteso e svolto da ZITELMANN: quanto a me dico subito di no, ma la ricerca è perfettamente inutile, dal momento che si ammette, come ho cercato di dimostrare precedentemente (vedi pag. 133 e segg.) e come il TRIEPEL stesso conviene (pag. 23 e segg., 255, 274 e seg.), che vere e proprie norme giuridiche internazionali relative a questa materia esistono o possono esistere, sebbene in modo e per ragioni affatto diverse da quelle su cui si fonda lo ZITELMANN. Ammesso, dunque, che tali norme esistano, può il giudice applicarle, in mancanza di norme interne relative alla stessa materia? Lo ZITELMANN, come si è già detto prima, risponde che il giudice le applica sì sussidiariamente, ma come norme di diritto interno, in quanto, cioè, il legislatore, tacitamente, le ha fatte proprie, per supplire alle lacune del diritto internazionale privato vigente nello stato. Ed il TRIEPEL conviene pienamente con lui, ed anzi per questo solo motivo gli fa grazia di aver impropriamente parlato di una sussidiarietà del diritto internazionale rispetto al diritto interno: *op. cit.*,

L' obbligo del giudice di applicare il diritto interno contrario al diritto internazionale, essendo un effetto del rapporto

---

pag. 256, nota 1: « .... *handelt es sich nur um einen ungenauen Ausdruck, den ich nicht den Muth habe gegenüber Zitelmann zu rügen, da dieser sonst so scharf wie wenige Völker-und Landesrecht auseinander hält* ». Ossia, l'applicazione sussidiaria del diritto internazionale non avrebbe luogo, perchè quello che il giudice applica in questi casi non è diritto internazionale, ma interno.

Se non che, la posizione di ZITELMANN rispetto al problema fondamentale del nostro studio è ben diversa da quella del TRIEPEL; ed egli può sostenere la sua tesi con perfetta coerenza, mentre non vedo come questo possa dirsi rispetto al TRIEPEL. Ed invero, lo ZITELMANN non ammette *mai* applicazione giudiziaria del diritto internazionale: per lui il giudice applica *sempre e soltanto* il diritto interno, perchè il diritto internazionale richiamato dal legislatore vale come diritto interno; ora ciò si applica, naturalmente, anche al diritto internazionale privato iper-statuale. Invece il TRIEPEL ritiene che il diritto internazionale sia, non soltanto capace, ma bisognoso d'applicazione da parte del giudice; « .... *ist das internationale Recht gerichtlicher Anwendung nicht nur fähig, sondern auch bedürftig* » (pag. 439); e altrove (pag. 225 e segg., 250 e segg.) riconosce esplicitamente che in molti casi le norme interne di rinvio al diritto internazionale non hanno punto il valore o il significato di una recezione. Dati questi due concetti, non si vede perchè si debba negare assolutamente e di regola l'applicabilità dei principî di diritto internazionale relativi alla competenza legislativa o giudiziaria dei vari stati. Pure è indubbiamente questo il concetto del TRIEPEL; ecco come egli lo esprime: « *Es ist also unrichtig, wenn man behauptet, der Richter jedes Staates habe das « überstaatliche » internationale Privatrecht, die völkerrechtlichen Anwendungsnormen, als subsidiäres Recht zu beachten, wenn nicht der Staat etwas Abweichendes bestimme. Denn die völkerrechtlichen « Anwendungsnormen » als solche sind einer unmittelbaren Anwendung durch das Landesgericht nicht fähig. Sie sind ja, soweit sie überhaupt existiren, Rechtssätze für den Staat, die ihn veranlassen, Anwendungsnormen für den Richter zu schaffen* ». Vedi anche pag. 127 nota 1. Prescindo dal ricercare se la norma d'applicazione contenga un precetto rivolto ai privati, oltre che al giudice, nel qual caso, e per il quale effetto, sarebbe neces-

di dipendenza in cui si trova la funzione giurisdizionale rispetto alla funzione legislativa, si estende a tutte le forme

---

sario, come già sappiamo, ammettere l'emanazione tacita, da parte dello stato, di norme interne corrispondenti a quelle internazionali, perchè il precetto del diritto internazionale non si rivolge, nè si può rivolgere, ai privati. Ma tanto lo ZITELMANN quanto il TRIEPEL parlano del giudice, ed a questo limitano il loro ragionamento: il primo anzi, e secondo me con ragione, dichiara esplicitamente che il precetto delle norme d'applicazione si rivolge soltanto al giudice (pag. 18 e seg., 198 e seg., del vol. I); ed il TRIEPEL, se non dice di accettarne l'opinione, non dice nemmeno il contrario. Ciò posto, nessun dubbio che la norma d'applicazione, intesa come un comando rivolto al giudice di applicare una data legge, possa emanare in ogni caso dallo stato. Ma la questione non sta qui; essa si riassume piuttosto ne' due punti seguenti: *a*) In primo luogo si tratta di sapere ***se è necessaria la norma interna d'applicazione, corrispondente a quella internazionale, per ordinare al giudice ciò che il diritto internazionale ordina allo stato***; ora a questa domanda non vi è ragione di rispondere affermativamente, quando si ammette, col TRIEPEL, che il giudice è autorizzato dalla sua funzione ad applicare il diritto internazionale. È verissimo che il comando della norma internazionale si rivolge allo stato e non al giudice; ma questo è vero di ogni e qualunque norma di diritto internazionale: o si ammette che il giudice, come organo dello stato, possa applicarle, e non vi è ragione di negarlo in questo caso particolare; o si ritiene che il giudice non possa essere vincolato da un precetto che si rivolge allo stato, e si deve negare in ogni caso e per regola l'applicazione giudiziaria del diritto internazionale. La posizione del TRIEPEL è dunque intrinsecamente contraddittoria; e la cosa apparisce tanto più singolare, quando si pensa che egli altrove (pag. 412) esplicitamente dichiara che l'obbligo dello stato di applicare il diritto straniero richiede semplicemente che il giudice sia posto in grado di applicarlo, sia autorizzato a ciò, quando altrimenti non potrebbe, senza che sia necessario rivolgergliene per legge il comando; il che vuol dire che l'attribuzione di competenza rende inutile la norma interna d'applicazione. *b*) In secondo luogo si tratta di sapere ***se una norma generica, che contiene l'ordine di applicare ne' singoli casi la legge designata dal diritto internazionale, abbia per effetto di trasformare in diritto interno i principî***

legittime, ossia ammesse dal diritto pubblico interno, di questa funzione. Ond'è che quando si parla di legge e di funzione

---

del diritto internazionale (norme internazionali di collisione). Ed anche qui la risposta affermativa non è facile per chi ammette, come il TRIEPEL, che il semplice rinvio al diritto internazionale non ne implica la recezione: imperocchè, in questo caso, qual'è il rapporto interno, diverso da quello cui si riferisce il diritto internazionale, che richieda l'emanazione di una norma corrispondente, ma diversa? La norma giuridica internazionale determina la competenza legislativa, e lo stato, rappresentato dal giudice, si uniforma a ciò che quella prescrive, riconoscendo che, in un dato caso, il diritto regolatore della controversia è fornito dall'uno o dall'altro dei vari ordinamenti giuridici territoriali. In tutto questo non appare davvero il bisogno di ammettere una tacita emanazione di norme interne, che ordinino al giudice quello che il diritto internazionale ordina allo stato. La competenza della *lex rei sitae* in materia reale immobiliare può essere riconosciuta dal giudice tedesco in base al principio di diritto internazionale che la sanziona, dacchè il legislatore germanico credè inutile farne oggetto di apposita norma; e non vi è ragione di ammettere che il giudice la riconosca per un principio di diritto interno, implicitamente creato dal tacito riferimento del legislatore ad una regola indiscussa di diritto internazionale. Il TRIEPEL non ha visto che il caso di cui parliamo è diverso da altri, ne' quali lo stesso diritto internazionale esige un determinato regolamento giuridico di *rapporti sottoposti all'autorità dello stato*: allora il riferimento al diritto internazionale implica, come abbiam visto, la creazione delle norme giuridiche interne volute da quello, perchè soltanto per mezzo di norme giuridiche interne si può ottenere il regolamento dei fatti o rapporti contemplati dal diritto internazionale. La concessione dei privilegi agli agenti diplomatici avviene per opera dello stato che li riceve, e richiede quindi l'emanazione di norme interne che accordino i detti privilegi; il commercio dei sudditi degli stati belligeranti o neutrali si risolve pure in un complesso di relazioni dipendenti dall'autorità dello stato: e poichè in questi casi, come in vari altri, il diritto internazionale crea soltanto il dovere o il diritto dello stato di accordare agli individui diritti o d'imporre loro doveri, e ciò non può avvenire se non mediante l'emanazione di norme giuridiche interne, così il fatto dello stato di riferirsi, esplicitamente o implicitamente, al diritto internazionale significa

legislativa s' intende qui riferirsi ad ogni forma di attività statuale [1] creatrice di norme giuridiche, comprendendovi così non soltanto quelle norme che emanano dall' organo che potremmo dir principale o normale della funzione stessa, che è il potere legislativo, ma anche quelle norme, che, senza avere il carattere formale della legge, in quanto emanano dall' autorità amministrativa, hanno un contenuto sostanziale

---

appunto l'emanazione delle norme richieste. E qui ha ragione il TRIEPEL, se rimprovera a coloro che parlano di sussidiarietà del diritto internazionale rispetto al diritto interno di confondere l'uno con l'altro, e di considerare come diritto internazionale sussidiario un diritto che non è nè internazionale, nè sussidiario. Ma nel caso nostro, ritenuto che non vi sono diritti e doveri individuali relativi alla competenza delle varie leggi, si tratta soltanto di un dovere dello stato che può essere adempiuto direttamente dal giudice, come l'organo cui spetta la funzione voluta dal diritto internazionale, in quanto l'adempierlo rientra nella sua competenza. E la questione della legge applicabile a un dato rapporto sorge, infatti, come una questione pregiudiziale o incidentale della controversia, di cui il giudice è legalmente investito.

[1] Mi riferisco al diritto in quanto è manifestazione della volontà dello stato, perchè questo solo, posto che si ammetta altresì l'esistenza di un diritto interno non derivante dallo stato, specialmente il diritto consuetudinario, può avere una rilevanza giuridica rispetto al diritto internazionale. Infatti, il diritto interno interessa il diritto internazionale in quanto è una forma di attività del subietto, cui si rivolgono i precetti delle norme giuridiche internazionali; ora, se partiamo dal concetto che il diritto consuetudinario emana da una volontà diversa da quella dello stato, dobbiamo pure ammettere che esso è, per natura sua, indifferente di fronte al diritto internazionale, appunto perchè emana da una volontà, che non è soggetta a questo diritto. Rispetto alla consuetudine si può soltanto concepire un diritto o un dovere dello stato di permetterne o impedirne la formazione; ma, in tal caso, il diritto contrario al diritto internazionale sarebbe la legge che vietasse o permettesse il formarsi della consuetudine, e non mai la consuetudine stessa. Confr. anche TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 266 nota 1.

analogo o identico [1], sicchè costituiscono indubbiamente un diritto obiettivo. Tali norme, quando sieno emanate da chi ne ha la potestà e dentro i limiti di questa, sono, in ordine all'esercizio della funzione giurisdizionale, vere e proprie norme giuridiche, al pari di quelle contenute nelle leggi in stretto senso, e danno quindi luogo, nel caso nostro, ad osservazioni identiche. Possiamo dire, perciò, che i principî esposti si riferiscono indistintamente ad ogni legittima emanazione di norme giuridiche interne, sieno esse l'effetto della potestà legislativa in stretto senso, o sieno l'effetto della potestà regolamentare, nei limiti e nelle forme ammesse dal diritto pubblico interno di ogni stato [2]. In particolare, non è dubbio

---

[1] Vedi specialmente: CODACCI-PISANELLI, *Legge e regolamento,* negli *Scritti di diritto pubblico,* Città di Castello 1900, pag. 1 e segg.; CAMMEO, *Le manifestazioni di volontà ecc.*, pag. 4 e seg., 39 e segg., 110, 126 e segg.; MORTARA, *op. cit.,* pag. 81 e segg. Fra gli stranieri: v. MOHL, *op. cit.,* vol. II, pag. 404 e segg.; v. GERBER, *Grundzüge,* § 48, e molti altri, che posson vedersi rammentati in LABAND, *op. cit.,* vol. II, § 58, pag. 78 nota 2. Prescindo affatto dalla questione, se ogni regolamento contenga norme di diritto obiettivo: è noto che a questa questione, la quale, oltre che la natura del regolamento, investe il concetto ed i caratteri della norma giuridica, si ricollega in Germania la distinzione, comunemente accolta, fra i *regolamenti giuridici,* che sono leggi nel senso materiale della parola, ed i *regolamenti amministrativi,* che sono manifestazioni del potere governativo nel campo dell'amministrazione propriamente detta: vedansi, ad esempio, SELIGMANN, *Beiträge ecc.*, vol. I, pag. 103 e seg., 123; MEYER G., *op. cit.*, § 159, 165; JELLINEK, *Gesetz u. Verordnung,* pag. 384; HÄNEL, *Deutsches Staatsrecht,* vol. I, Leipzig 1892, pag. 275; LABAND, *op. cit.*, vol. II, § 58, pag. 80 e segg. Le osservazioni fatte nel testo considerano il regolamento in quanto è fonte di norme giuridiche, e valgono quindi rispetto a quei regolamenti cui si riconosce tale carattere, e a questi soltanto.

[2] Per uno studio comparato della facoltà regolamentare nei principali stati, vedansi le opere già citate del JELLINEK, del CODACCI-PISANELLI, del CAMMEO. Qui gioverà soltanto notare che dalla considerevole estensione della prerogativa regia e dall'ampio potere discre-

che il sindacato giudiziario sulla legittimità dei regolamenti debba svolgersi nei modi e nei limiti in cui lo ammette il diritto interno [1], senza che possa affatto influirvi il rapporto fra il regolamento ed il diritto internazionale, perchè il valore del diritto interno non dipende in alcun modo dal diritto internazionale. Un regolamento formalmente o sostanzialmente illegittimo è una violazione dell'ordine giuridico interno, e come tale può andar soggetto al sindacato della funzione giurisdizionale, mentre un regolamento contrario al diritto internazionale non rappresenta mai, per questo motivo soltanto, una violazione di quell'ordine giuridico, su cui si spiega la tutela degli organi giudiziari. Le conseguenze giuridiche di un regolamento, come quelle di una legge contraria al diritto internazionale, si svolgono tutte e soltanto nel campo dei rapporti interstatuali: l'ordine giuridico interno vi rimane completamente estraneo. Onde, posto il principio che un regolamento non può esser contrario alla legge, l'autorità giudiziaria dovrà dichiararlo privo d'effetto ancorchè le sue disposizioni contradicano alla legge nel senso di uniformarsi al diritto internazionale; mentre dovrà applicare quel regolamento, che, essendo formalmente e sostanzialmente legittimo, dispone in modo contrario al diritto internazionale.

Affatto diversa da quella che abbiamo esaminato finora è

---

zionale dell'autorità amministrativa in materia di rapporti internazionali, deriva una larga facoltà regolamentare, le cui forme ed atteggiamenti potrebbero fornire ottima materia ad uno studio, interessante in pari tempo il diritto internazionale ed il diritto pubblico interno. Valga, come esempio, il regolamento prussiano sulle prede belliche del 1864, e le osservazioni che vi ha fatto l'Arndt nel recente studio sull'auto-potestà regolamentare (*Das selbständige Verordnungsrecht*, Berlin 1902), per sostenere la sua nota tesi intorno al potere regolamentare *praeter legem* nella monarchia prussiana.

[1] Sull'ammissibilità ed i limiti di questo sindacato nel diritto e nella giurisprudenza italiana, vedi specialmente: Cammeo, *Le manifestazioni di volontà ecc.*, pag. 217 e segg.; Mortara, *op. cit.*, vol. I, pag. 83 e segg., 230 e segg.

la questione se veramente una data norma, legislativa o regolamentare, sia contraria al diritto internazionale. Qui si tratta di determinare qual'è il vero contenuto della volontà obiettivata nella norma, ossia di una questione d'interpretazione. Ora, se è principio fondamentale del diritto pubblico moderno la dipendenza della funzione giurisdizionale dalla legislativa, non lo è certamente meno la piena libertà ed indipendenza del giudice nell'interpretare ed applicare la legge: dal primo abbiamo desunto il dovere degli organi giudiziari di applicare il diritto interno contrario ai doveri internazionali dello stato; dal secondo desumiamo che è ufficio del giudice determinare se e come la contrarietà esiste, stabilire se, dando alla legge il senso e l'effetto che la pongono in contrasto col diritto internazionale, si ottiene veramente il giusto significato di lei.

Ma è certamente ragionevole presumere che lo stato voglia ed agisca in modo conforme a ciò che gli è imposto da' suoi doveri internazionali. Si può dunque stabilire come principio generale, che il giudice debba cercare, valendosi a tale uopo della conoscenza che egli ha del diritto internazionale, di dare alla legge il significato che la mette in armonia con quei doveri, e venire nella contraria opinione soltanto quando non sia altrimenti possibile una corretta interpretazione della norma. Questo principio, confortato dal consenso unanime degli scrittori e della giurisprudenza (¹), non contradice punto a

(¹) Confr.: GESSNER, *Le droit des neutres sur mer*, 2ª ed., Berlin 1876, pag. 400; BLUNTSCHLI, *Dr. intern. cod.*, § 847; MAXWELL, *The interpretation of statutes*, 2ª ed., London 1883, pag. 179 (ap. TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 154 nota 2, ed ivi pure altri scrittori inglesi ed americani); LAMMASCH, *op. cit.*, pag. 93 e segg., 185 e segg.; JELLINEK, *Gesetz u. Verordnung*, pag. 364 e segg.; SELIGMANN, *Staatsverträge*, pag. 224; TEZNER, *Zur Lehre von der Giltigkeit der Staatsverträge*, citato, nella *Zeitsch.* del GRÜNHUT, vol. XX, pag. 156; HOLLAND, *Intern. law and acts of Parliament*, citato, in *Law Quarterly Review*, vol. IX, 1893, pag. 151; HEILBORN, *Staatsvertrag als Staatsgesetz*, citato, in *Arch. f. öff. R.*, vol. XII, pag. 175 e seg.; TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 399; CAMMEO, *Le manifestazioni di volontà ecc.*, pag. 66; LOENING, *Die*

quello che abbiam detto prima sulla obbligatorietà del diritto interno contrario al diritto internazionale, perchè si riferisce

---

Gerichtsbarkeit, pag. 82 e seg., ecc. ecc Quanto alla giurisprudenza, vedansi le decisioni delle corti inglesi ed americane citate da Wharton, *Digest*, vol. I, § 8, pag. 30, e da Triepel, *op. cit.*, pag. 154 note 2, 3, 4: quivi anche, a pagina 399 nota 3, citate alcune decisioni del tribunale dell'impero germanico (*Entsch. in Civilsachen*, XXIV, pag. 13, XXVI, pag. 128, *Entsch. in Strafsachen*, III, pag. 127, XIX, pag. 275, XXIX, pag. 398); una del tribunale superiore di commercio (*Entsch. d. R. O. H. G.*, IV, pag. 322), ed una del tribunale superiore della Prussia (*Entsch. d. preuss. Obertrib.*, XXI, pag. 452). Importanti applicazioni di questo principio, in ordine alla legge svizzera del 22 gennaio 1892 sull'estradizione, possono vedersi nelle seguenti decisioni di quel tribunale federale: 17 giugno 1892 (Böhm's *Zeitsch.*, vol. II, 1892, pag. 505 e segg.); 8 settembre 1892 (*ibid.*, pag. 624); 17 marzo 1893 (*ibid.*, vol. III, 1893, pag. 320 e segg.); 2 marzo 1895 (*ibid.*, vol. V, 1895, pag. 202 e segg.); 15 dicembre 1896 (*ibid.*, vol. VII, 1897, pag. 151 e segg.); 21 ottobre 1896 (*ibid.*, pag. 357 e segg.); 19 giugno 1900 (*Journ. du dr. intern. pr.*, vol. XXVII, 1900, pag. 845). Sebbene in queste decisioni del *Bundesgericht* svizzero, come in genere nelle note discussioni scientifiche cui ha dato luogo la questione dell'efficacia delle leggi interne sui trattati di estradizione antecedentemente conclusi, abbia avuto la parte principale il concetto, tanto indiscutibile in sè stesso, quanto per lo più applicato fuor di proposito, che una legge interna non possa abrogare nè modificare un trattato internazionale, tuttavia la giurisprudenza del tribunale svizzero è notevole perchè correttamente argomenta sempre dalla presumibile volontà del legislatore di non venir meno agli obblighi assunti coi trattati conclusi in precedenza. Nelle decisioni dei tribunali nostri il principio, a quanto io so, non fu mai esplicitamente formulato. Merita però particolare menzione, anche perchè rimasta quasi del tutto inosservata, una sentenza della cassazione di Roma del 17 agosto 1880 (*Corte Suprema*, anno V, 1880, pag. 636 e segg.), estensore l'illustre Auriti, che ne fa, nella sostanza, una importante e corretta applicazione al caso seguente. Il trattato di commercio italo-francese del 17 gennaio 1863, applicabile anche all'Inghilterra per la clausola della nazione più favorita, contemplava i prodotti chimici, in parte designandoli specificatamente con tasse distinte, ed in

ad una questione diversa. Il giudice deve certamente applicare il diritto interno contrario al diritto internazionale; ed in ciò si manifesta la sua piena dipendenza dalla legge: ma perchè questo principio trovi applicazione, occorre che sia dimostrato

---

parte raggruppandoli nella categoria complessiva di *prodotti chimici innominati* (*produits chimiques non dénommés*), tassati questi, indistintamente, alla ragione di L. 4 il quintale. Introdotta dall'Inghilterra una certa quantità di magnesia calcinata, sorse questione fra la finanza e l'importatore se fosse soggetta al dazio di L. 20 al quintale, giusta la nuova tariffa generale italiana del 30 maggio 1878, ovvero dovesse soltanto L. 4 al quintale, secondo la tariffa convenzionale annessa al trattato del 1863. L'amministrazione dell'erario argomentava da ciò, che la magnesia calcinata non fu nel 1863 tassata specificatamente nella tariffa d'importazione dalla Francia in Italia, bensì compresa nella categoria generica dei prodotti chimici innominati; e ne desumeva la facoltà, nello stato italiano, di trarre da quella categoria complessiva l'uno o l'altro prodotto per farne una voce a sè nella tariffa generale ed assoggettarlo a tassa speciale, facoltà di cui aveva fatto uso con la tariffa del 1878, applicabile perciò, in questa parte, indipendentemente dal trattato. La cassazione, con la sentenza citata, rigettò nel merito (la questione di competenza era stata risoluta dalla corte a sezioni unite con sentenza di pari data pubblicata nello stesso periodico a pag. 635) il ricorso della finanza: con vari argomenti, desunti dal trattato del 1863 e da altri, dimostra che non fu intenzione delle alte parti contraenti di riserbarsi una facoltà, la quale avrebbe potuto modificare così profondamente il vincolo contrattuale; e non potendosi ammettere quest'intenzione, tanto meno si può ammettere che la nuova tariffa non fosse vincolata su questo punto dal trattato del quale si parla. Sebbene la questione non si presentasse nei termini di un vero conflitto fra il diritto interno ed il diritto internazionale, perchè, anzi, la tariffa generale del 1878 all'art. primo esplicitamente riserbava l'applicazione delle tariffe convenzionali, parmi tuttavia evidente il concetto della sentenza d'interpretare il diritto interno per mezzo della considerazione dei doveri internazionali dello stato e della presumibile volontà di questo di uniformarvisi scrupolosamente. Si riferiscono a casi identici, e li risolvono nello stesso modo, le sentenze 30 luglio 1881 (*Corte Suprema*, anno VI, 1881, pag. 586), 10 agosto 1881, n. 651 (*ibid.*, pag. 858) e n. 647 (*ibid.*, pag. 863).

il contrasto fra la norma giuridica interna ed il diritto internazionale; la qual cosa rientra indubbiamente nelle attribuzioni del giudice. E mentre questo non può a meno di applicare la legge contraria al diritto internazionale quando gli risulta che quello, e non altro, ne è il vero significato, può e deve invece tener conto del rapporto in cui si trova col diritto internazionale allorchè ne ricerca la giusta interpretazione, perchè è quasi impossibile che a determinare il contenuto d'una legge interessante i rapporti internazionali non abbia concorso la considerazione dei diritti e dei doveri dello stato relativi ai detti rapporti. Un'interpretazione che prescindesse da questa ricerca, che, in particolare, non tenesse conto della presumibile volontà dello stato di non agire in modo contrario ai doveri che ha assunto verso gli altri stati, sarebbe sempre imperfetta e spesso addirittura erronea. Rettamente inteso ed applicato, questo criterio, che trova la sua giustificazione in considerazioni d'una ragionevolezza evidente, riduce nei più stretti limiti i pericoli e gl'inconvenienti, che posson derivare dall'applicazione giudiziaria del diritto interno interessante le relazioni internazionali.

Nei rapporti tra la funzione giudiziaria ed amministrativa, la questione nostra è stata discussa esclusivamente, o quasi, in ordine alle relazioni fra l'una e l'altra per quanto riguarda l'interpretazione ed applicazione dei trattati internazionali. Nè ci è difficile ora comprendere come, anche in questo ristretto campo, la ricerca siasi complicata, e talvolta affatto svisata, con l'erronee dottrine intorno al valore dei trattati nel diritto interno, e soprattutto con la mancanza di una chiara distinzione fra il trattato, atto giuridico internazionale che non può mai servire di base a diritti individuali e quindi ad azioni giudiziarie, e le norme giuridiche interne (legge o regolamento) emanate in seguito al trattato o in esecuzione di questo per mezzo dell'atto di pubblicazione; vere e proprie norme giuridiche interne, in nulla diverse dalle altre di natura corrispondente, capaci, quindi, di creare diritti e doveri individuali, al quale scopo, anzi, non rade volte sono immediatamente dirette,

e di servire di base ad azioni giudiziarie. Ma il campo della nostra ricerca è assai più largo; e prima di passare ad occuparci della questione testè accennata gioverà ricondurre il problema a' suoi principî generali e razionali, per avere una idea più esatta del còmpito e dell'ufficio del giudice, nonchè dei fini cui può rispondere, in questo campo, la funzione giurisdizionale rispetto all'amministrativa.

Riferendoci alle cose precedentemente dette, ci sembra di poter senz'altro stabilire, come principio generale, che una funzione giurisdizionale in difesa dei diritti dell'individuo contro atti della pubblica amministrazione non può mai trovare il suo fondamento, il suo titolo giustificativo, nel rapporto fra i detti atti ed il diritto internazionale. Il principio deriva dalla natura stessa del diritto internazionale, ed è quindi indipendente da ogni particolare maniera d'intendere e determinare la consistenza formale o il contenuto dei diritti dell'individuo verso lo stato, e dai vari sistemi legislativi sull'ordinamento della difesa giurisdizionale di questi diritti [1]. Gl'individui non sono direttamente protetti dal diritto internazionale; questo non può dunque costituire un limite giuridico dell'attività della pubblica amministrazione in loro confronto; nè gli atti governativi compiuti contrariamente a ciò che prescriveva il diritto internazionale hanno, per questo, il carattere di atti illegittimi rispetto ai privati. I limiti che dal diritto internazionale provengono all'attività amministrativa dello stato riguardano esclusivamente i rapporti suoi con gli altri stati, e soltanto in ordine a questi la loro violazione o inosservanza da parte delle autorità amministrative può concretarsi in fatti giuridicamente rilevanti. Quindi nessuna difesa giurisdizionale, o d'altro genere [2], è concepibile a favore degli individui per atti della

---

[1] Vedi, su ciò, l'ottima monografia del VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, nel *Trattato di diritto amministrativo* dell'ORLANDO, vol. III, pag. 223 e segg.

[2] Sulle peculiarità che presenta la tutela giuridica del privato verso la pubblica amministrazione, indipendentemente dalla tutela giu-

pubblica amministrazione contrari al diritto internazionale; chè, anzi, gli atti del potere amministrativo, che si presentano come legittimi di fronte all'ordine giuridico interno, obbligano i privati e producono effetti giuridici, indipendentemente affatto dal loro rapporto col diritto internazionale [1].

Di qui è, per esempio, che l'individuo non può opporsi all'estradizione in quanto è contraria alle disposizioni del trattato; ma solo in quanto dalle norme giuridiche interne desume il diritto di non essere consegnato ad uno stato straniero fuori di casi e modi determinati: l'opposizione sua, in altre parole, non può mai fondarsi sulla illegalità dell'estradizione nei riguardi del diritto internazionale, ma soltanto sulla illegalità di essa nei riguardi del diritto interno, ossia sull'inosservanza dei limiti giuridici assegnati, in questo proposito, al potere amministrativo dal diritto interno [2]. Le questioni tante volte sollevate in questa materia, prima e meglio della competenza dell'autorità giudiziaria ad interpretare ed applicare i trattati d'estradizione, sotto il qual punto di vista furono quasi sempre a preferenza discusse [3], riguardano l'esistenza di un diritto

---

risdizionale, vedi VACCHELLI, *op. cit.*, pag. 254 e seg. Ogni forma di difesa giuridica, anche puramente amministrativa, trova il suo titolo nel diritto interno e si svolge nei modi e nei limiti segnati da questo; sicchè sono egualmente applicabili le osservazioni fatte nel testo.

[1] Così esplicitamente v. MARTITZ, *Internationale Rechtshilfe*, vol. I, pag. 414, e TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 261.

[2] Il principio è esplicitamente riconosciuto ed applicato in una sentenza del tribunale dell'impero germanico del 29 agosto 1888 (GOLTDAMMER'S *Archiv*, vol. XXXVI, pag. 404). Vedi anche tribunale dell'impero germanico 18 settembre 1896 (BÖHM'S *Zeitsch.*, vol. VII, 1897, pag. 130 e seg.) e 29 gennaio 1900 (*ibid.*, vol. X, 1900, pag. 389 e seg.).

[3] È, com'è noto, il criterio prevalente nella dottrina e nella giurisprudenza francese. Fra le numerose sentenze, che determinano la posizione giuridica dell'individuo, in questa materia, riferendosi alla questione della incompetenza dell'autorità giudiziaria a sindacare l'atto d'estradizione o ad interpretare il trattato su cui si fonda, mi limito a ricordare le seguenti: cassazione francese 4 maggio 1865 (*Dalloz*, 65, 1, 248); 6 giugno 1867 (*Dalloz*, 67, 1, 463); 4 luglio 1867

dell' individuo verso lo stato suscettivo di difesa giurisdizionale, diritto la cui natura e consistenza può esser data soltanto dall'ordinamento giuridico di una determinata società [1]. In

---

(*Dalloz*, 67, 1, 284); 2 agosto 1883 (*Dalloz*, 84, 1, 139); 11 gennaio 1884 (*Journ. du dr. int. pr.*, vol. XII, 1885, pag. 80); 27 gennaio 1887 (*Journ.*, vol. XIV, 1887, pag. 612); 2 luglio 1898 (*Journ.*, vol. XXVI, 1899, pag. 129); 1 luglio 1899 (*Journ.*, vol. XXVI, 1899, pag. 1009). E fra gli scrittori: Ducrocq, *Théorie de l'extradition*, citato, pag. 507 e segg.; Billot, *op. cit.*, pag. 302 e segg., 324 e segg.; Bernard, *op. cit.*, vol. II, pag. 542 e segg., ecc. Vedi anche, per un apprezzamento critico di questi concetti, Lammasch, *op. cit.*, pag. 803 e segg.; v. Martitz, *Intern. Rechtshilfe*, vol. II, pag. 384 e seg.; e la monografia di Zographos, *Ueber die Rechtsstellung des Ausgelieferten nach französischem Rechte*, Hamburg 1887, passim. Invece la sentenza del tribunale dell'impero germanico 22 luglio 1893 (Böhm 's *Zeitsch.*, vol. IV, 1894, pag. 75), dalla inesistenza di un diritto dell'individuo a far valere le disposizioni del trattato, correttamente desume l'incompetenza dell' autorità giudiziaria a sindacare l'atto del potere esecutivo. E così, sostanzialmente, anche le sentenze citate nella nota che precede.

[1] Quella che comunemente si è chiamata la *trasformazione dell'estradizione da istituto amministrativo in istituto giudiziario* è, in realtà, il riconoscimento di un diritto dell'individuo verso lo stato a non essere soggetto all'estradizione, o a non subirne le conseguenze, fuori di casi e modi determinati. Non si tratta, in prima linea, di una sostituzione dell'attività degli organi giudiziari a quella degli organi amministrativi, ma bensì della creazione di un diritto individuale, cui si accorda quindi la garanzia della difesa giurisdizionale. Pur dichiarando di non poterne accettare in gran parte le conclusioni, mi piace di notare che questo punto di vista è acutamente rilevato ed applicato dal Pfizer, *Rechtsschutz gegen Auslieferung*, nella *Zeitschrift* del Böhm, vol. II, 1892, pag. 231 e segg. L'osservazione del Roszkowski, *Ueber das Wesen und die Organisation der internationalen Staatengemeinschaft*, nella *Zeitsch.* citata, vol. III, 1893, pag. 270, che considera come un tratto caratteristico degli odierni trattati d'estradizione l'avere sostituito il procedimento giudiziario all'amministrativo, è, per lo meno, inesatta: questa sostituzione, se e fin dove si è verificata, è opera del diritto interno, in seguito al

altre parole, prima di domandarci sino a qual punto il sindacato del giudice può investire l'atto della pubblica amministrazione, dobbiamo domandarci se veramente esiste e fin dove si estende un diritto individuale capace di essere tutelato giudiziariamente contro quell'atto. Dove la materia è regolata da speciali disposizioni di legge, niuno invero ha mai dubitato che da queste debbasi desumere la soluzione delle questioni di cui parliamo: ma non si deve dimenticare che anche la pubblicazione di un trattato di estradizione potrebbe avere lo scopo e l'effetto di dar vita a norme giuridiche dirette a limitare i poteri dell'amministrazione, conferendo ai privati un diritto suscettivo di tutela giurisdizionale [1]. La questione,

---

riconoscimento dei diritti individuali; i trattati d'estradizione creano soltanto il diritto ed il dovere degli stati di ricevere e di consegnare determinati individui, limitandosi, quando n'è il caso, a subordinare le obbligazioni degli stati fra loro alle esigenze di una tutela giurisdizionale dei diritti accordati agl'individui. Potrebbero bensì, i trattati di estradizione, dar vita ad un dovere dello stato verso gli altri stati diretto a circondare l'estradizione di determinate garanzie, ed a creare corrispondenti diritti individuali; ma, in realtà, non è mai questo il contenuto e lo scopo dei trattati di estradizione, perchè, di regola, nessuna ragione e nessun interesse spinge gli stati ad obbligarsi reciprocamente a ciò: le esigenze, che hanno determinato il riconoscimento di diritti individuali in questa materia, sono, come ognuno intende, di ben altro genere; reagiscono sui rapporti internazionali, piuttosto che derivarne.

[1] Non voglio dire però che ogni norma interna diretta a limitare i poteri degli organi dello stato relativamente all'estradizione crei nell'individuo un diritto subiettivo corrispondente. La materia, strettamente connessa con le relazioni internazionali da un lato, con la funzione penale dall'altro, può anzi facilmente fornire occasione a norme di puro diritto obiettivo, accompagnate anche dalla garanzia giurisdizionale. Lo stato, infatti, può aver bisogno di rivolgere ai funzionari determinati comandi o divieti per assicurare l'adempimento degli obblighi assunti col trattato, senza volere per questo conferire ai privati dei diritti subiettivi. Non si deve dimenticare che l'estradizione (atto di reciproco aiuto fra stati diversi) e la funzione puni-

come ognun vede, non può esser posta e risoluta in astratto,

---

tiva (esplicazione di una potestà dello stato) sono due cose in tutto distinte fra loro, come ha egregiamente dimostrato il BINDING, *Handb. d. S. R.*, vol. I, pag. 397 e segg.: l'estradizione può certamente apportare dei limiti all'esercizio della funzione penale; ma si tratta di limiti d'ordine internazionale, o per dir meglio imposti da esigenze internazionali, e le norme interne corrispondenti sono, nel loro valore e nella loro efficacia, immediatamente e direttamente dipendenti da quelle esigenze; sicchè, dove queste vengono meno, cessano anche gli effetti e l'applicabilità delle norme interne, per lasciare libero il corso normale della giustizia punitiva. Il contrario può certamente risultare, in certi casi, da esplicite disposizioni di legge o dai principî generali di diritto, che regolano la materia in un dato paese; ma non si può presumere, nè tanto meno affermare come criterio generale. — L'applicazione più importante di questi principî la trovo nella regola della ***specialità dell' estradizione.*** Come dice benissimo l'ULLMANN, *op. cit.*, pag. 281, il dovere dello stato di giudicare l'individuo per il reato per il quale l'estradizione fu accordata, e non per altri, è una conseguenza della natura giuridica dell'atto concreto di estradizione; ossia costituisce senza dubbio un dovere dello stato richiedente verso lo stato che ha fatto la consegna, ed un corrispondente diritto di questo. Ma costituisce anche un ***diritto subiettivo dell' individuo***, un diritto, cioè, che questi possa far valere innanzi ai tribunali, indipendentemente dal contegno che tenga, a questo proposito, lo stato che ha fatto l'estradizione, e quand'anche esso, esplicitamente o implicitamente, rinunzi a farlo valere? Le opinioni, come è noto, sono divise; prevale incontestabilmente quella che ammette l'individuo a far valere a suo pro la specialità dell'estradizione; ma non mi pare che le idee prevalenti sieno poi ben chiare sulle ragioni e sui limiti di questo principio nel diritto interno. Ora, a questo proposito appunto, io credo che non si possa giungere a conclusioni attendibili, se non mediante la corretta applicazione dei principî accennati prima. Ed ecco brevemente in qual modo. La fuga in estero stato non è certamente capace, di per sè, di creare verun diritto dell'individuo a non essere processato e punito per i fatti che la legge, in qualunque modo e per qualunque ragione, considera come fatti punibili. Comunque vogliasi intendere il cosiddetto ***diritto d'asilo***, che in realtà non è nè un diritto nè un dovere, ma, come si esprime egregiamente il v. BAR, ***Lehrbuch des***

ma solo di fronte a casi concreti: non si potrebbe dir certa-

---

internationalen Privat-und Strafrechts, Stuttgart 1892, pag. 278, « *eine einfache Konsequenz der Geschlossenheit des territorialen Souveränetätsrechts* », certo è che esso non può fondare una pretesa dell'individuo all'impunità, perchè costituisce soltanto un ostacolo all'esercizio della potestà punitiva dello stato, ostacolo che l'estradizione è appunto diretta a rimuovere. In tutto ciò non può dunque trovarsi neppur lontanamente la base di un diritto dell'individuo alla specialità dell'estradizione; anzi, ne risulta in modo chiarissimo che, prescindendo dalle esigenze dello stato che consegna l'individuo, e supposto per un momento che queste non esistessero e la consegna avvenisse *sic et simpliciter*, si avrebbe la semplice cessazione di un ostacolo all'esercizio della funzione punitiva, la quale potrebbe quindi svolgersi senza limiti nè condizioni di sorta. Ossia: il principio della specialità dell'estradizione costituisce, in sè stesso, un diritto dello stato estradante verso lo stato a cui l'estradizione vien fatta, e si esaurisce nel rapporto fra questi due. I principî generali dell'istituto non consentono una conclusione diversa nè più estesa. Ciò, peraltro, non vuol dire che non possa esistere *anche* un diritto dell'individuo a non essere sottoposto a processo per delitti diversi da quelli pei quali fu passivo d'estradizione; ma, e qui è il punto fondamentale, questo diritto non è necessariamente collegato col rapporto giuridico internazionale, e deve trovare, come sempre, il suo fondamento nelle norme giuridiche interne dello stato, alla cui giurisdizione l'individuo viene ad essere sottoposto. Ora, a questo proposito, possono darsi due ipotesi, che giova tenere fra loro nettamente distinte:

1) Lo stato ha accolto il principio della specialità in una legge interna, formulandolo in termini generali e senza riferirlo o subordinarlo alle disposizioni dei trattati internazionali: in tal caso sembra giusto ritenere che esso abbia voluto accordare agli individui il diritto corrispondente, perchè la disposizione ha una ragion d'essere sua propria, indipendente, sino ad un certo punto, dai rapporti internazionali d'estradizione.

2) Il principio non è sanzionato in una legge interna, ma trovasi accolto nel trattato, il quale è stato pubblicato regolarmente. La questione assume allora quest'aspetto: devesi ritenere che mediante la pubblicazione sia stata creata la norma interna, che accorda all'individuo il diritto corrispondente al principio della specialità? Non è

mente che la pubblicazione del trattato di estradizione sia,

---

dubbio che lo stato abbia il dovere di assicurare l'osservanza di questo principio, ossia di limitare il giudizio e la punizione dell'estradato ai reati, per i quali l'estradizione venne accordata: si può, quindi, ritenere con ogni fondamento che esso, pubblicando il trattato, abbia inteso di emanare le norme interne necessarie a questo scopo. Ma, soggiungo subito, soltanto le norme *necessarie*, perchè non si può presumere che lo stato voglia limitare i poteri suoi e l'efficacia delle proprie leggi più di quanto è richiesto dall'adempimento dei doveri che ha assunto verso gli altri stati. Il principio della specialità può senza dubbio richiedere, per la sua concreta attuazione, delle norme giuridiche interne: dove, ad esempio, il funzionario che inizia il procedimento penale è *obbligato* ad agire per *tutti* i reati ascritti ad un individuo (come in Germania per il § 152 del cod. di proc. pen., confr. J. GLASER, *Handbuch des Strafprozesses*, Leipzig 1883-85, vol. I, pag. 221 e segg.), è indispensabile un'*autorizzazione* che esoneri da quest'obbligo; indipendentemente poi da una vera e propria necessità giuridica, lo stato può ritenere opportuno di rivolgere ai giudici ed ai funzionari comandi o divieti diretti a mettere la loro attività in armonia con le esigenze di quel principio. La pubblicazione del trattato può considerarsi come produttrice di queste norme: manca, invece, una ragione per ritenere che lo stato abbia voluto conferire all'individuo un proprio diritto subiettivo. Infatti, questa concessione non è certamente *necessaria* all'esecuzione del dovere internazionale dello stato, bastando a ciò un'opportuna determinazione delle competenze e dei poteri di certi organi; e, non essendo necessaria, non si può presumere che lo stato l'abbia voluta, limitando il suo potere in confronto all'individuo più di quanto richiedeva il diritto internazionale. Concludendo: le norme interne relative al principio della specialità dell'estradizione, create con la pubblicazione del trattato, costituiscono un diritto obiettivo, che estende o limita i poteri degli organi dello stato, senza creare verun diritto subiettivo individuale. E si guardi bene, che non si tratta di una questione puramente teorica. Infatti, se le regole che impongono ai funzionari di non procedere contro l'estradato costituiscono soltanto un diritto obiettivo, diretto a contenere l'attività loro nei confini segnati dal diritto internazionale, è logico ammettere che queste norme in tanto valgono, in quanto sussiste il corrispondente dovere internazionale dello stato: onde, se lo stato estero, in un dato caso,

come in altri casi (¹), naturalmente destinata a far sorgere diritti individuali (²); ma non si può neanche escluderlo in

rinunzia a far valere il suo diritto, quelle norme cessano di essere applicabili e l'individuo può essere processato e condannato anche per delitti non compresi nell'estradizione. Ma ciò non sarebbe invece possibile se esistesse un diritto subiettivo dell'individuo, perchè non si comprenderebbe come il valore di una norma interna, che accorda una pretesa giuridica a tutti quelli che si trovano in una data condizione, potesse dipendere dalla volontà manifestata, nel caso particolare, dallo stato che ha concesso l'estradizione.

(¹) È precisamente quando la creazione dei diritti subiettivi è lo scopo dell'obbligazione assunta dagli stati; ad esempio, trattati di stabilimento, trattati che assicurino il libero esercizio di commerci, industrie o professioni, o il godimento di determinati diritti civili, come quelli di proprietà, di trasmissione dei beni *mortis causa*, di libero accesso ai tribunali, ecc. ecc. In tali casi l'adempimento dell'obbligo imposto allo stato richiede necessariamente l'emanazione delle norme interne, che concedono i diritti voluti: partendo dalla presunzione che lo stato voglia ed agisca nel modo richiesto dai suoi doveri internazionali, si deve quindi ritenere che la regolare pubblicazione del trattato rappresenti l'emanazione di queste norme. Confr. Triepel, *op. cit.*, pag. 401 e seg.

(²) Lo scopo del trattato di estradizione essendo, di regola, quello soltanto di creare il diritto ed il dovere degli stati contraenti alla consegna reciproca di determinati individui, non si può ammettere, come criterio generale, che lo stato, pubblicandolo, voglia senz'altro accordare agl'individui i diritti subiettivi corrispondenti alle limitazioni e modalità, di cui ha circondato l'obbligo o la facoltà sua verso l'altro stato: l'esistenza di diritti individuali non è di certo in relazione diretta col trattato; anzi, se mai, può intralciare l'opera dell'esecutivo e così andar contro allo scopo del trattato medesimo. Confr. v. Martitz, *Internationale Rechtshilfe*, vol. II, pag. 348. Vedasi pure un'importante sentenza del tribunale dell'impero germanico 22 luglio 1893, nella *Zeitschrift* del Böhm, vol. IV, 1894, pag. 75, che, interpretando il trattato del 22 febbraio 1868 fra la Confederazione Germanica del Nord e gli Stati Uniti d'America, ne desume che non esiste un diritto subiettivo del singolo a chiedere la dimostrazione della sussistenza di certe condizioni e limitazioni apposte dagli stati contraenti alla con-

via assoluta. E di qui la necessità di un' indagine particolare, che ha certamente uno dei capisaldi nell' interpretazione del

---

segna reciproca dei delinquenti; condizioni e limitazioni che mirano soltanto a determinare in quali casi uno stato può esigere dall'altro la consegna di un individuo. E da noi una sentenza della corte d'appello di Torino del 13 marzo 1893 (*Giurisprudenza penale* di Torino del 1893, pag. 151), pur dando al solito alla questione l'aspetto di una determinazione dei limiti di competenza dell'autorità giudiziaria rispetto agli atti del potere esecutivo, ritenne che i tribunali italiani, nel giudicare un imputato di reato commesso in Italia, non sieno vincolati dalle condizioni apposte dal governo estero all'estradizione. Ma negli stati dove una tutela giurisdizionale dell'individuo riguardo all'estradizione trova il suo fondamento nella legge, per ragioni facili a comprendersi, principale fra queste l'opinione comune che il trattato regolarmente pubblicato costituisca una legge nell'interno degli stati contraenti, la tendenza dell'autorità giudiziaria è indubbiamente quella di ammettere che l'individuo possa far valere ogni violazione o inosservanza delle disposizioni del trattato. Così si è ritenuto da noi (Cass. Roma 5 aprile 1899, *Rivista di diritto internazionale*, vol. II, 1899, pag. 349 e segg.) che l'estradato possa far valere la condizione apposta dal governo straniero all'estradizione, che, cioè, questa non dovesse servire all'esecuzione di alcuna sentenza già pronunziata a carico di lui, ed esigere la rinnovazione del dibattimento. Si è detto (Cass. Roma 16 marzo 1900, *Rivista di diritto internazionale*, vol. III, 1900, pag. 314) che l'individuo, consentendo all'estradizione, rinuncia a tutte le possibili eccezioni ad essa relative. Si è ammesso in altri casi (Cass. Roma, 19 gennaio 1895, *Rivista penale*, vol. XLI, pag. 357, 13 marzo 1902, *Rivista di diritto internazionale*, vol. V, 1902, pag. 521) che l'estradato possa lagnarsi se la sua consegna avvenne fuori dei termini stabiliti dal trattato. Queste sentenze, ed altre che si potrebbero citare, mostrano che la giurisprudenza nostra, movendo dall'idea del trattato-legge, tende ad ammettere che a tutte le disposizioni del trattato di estradizione corrispondono diritti individuali capaci di difesa giurisdizionale. Con maggior fondamento, io credo, la corte di cassazione austriaca nella sentenza 8 maggio 1897 (Böhm's *Zeitsch.*, vol. VII, 1897, pag. 462 e segg.), pur dicendo esplicitamente che il trattato non crea diritti individuali (dice anzi, ed è la sola sentenza a me nota dove trovisi adoperata questa formula, a parer

trattato, perchè da questo, in relazione ai principî che nelle singole costituzioni determinano quale e quanta sia la consistenza del diritto dell'individuo verso lo stato [1], potrà desu-

---

mio esattissima, che l'individuo è l'*oggetto* del trattato di estradizione), ritiene che ogni violazione del trattato possa essere fatta valere, perchè implica una violazione della legge di cui prende il posto, anche dall'estradato. Infatti il codice penale austriaco, dopo avere nei §§ 36-40 stabilito le regole e le condizioni dell'estradizione, soggiunge nel § 41 che se esistono dei trattati speciali sulla materia si deve invece procedere conforme ad essi: la corte aveva quindi ragione di dire che, per il disposto stesso della legge, le disposizioni dei trattati ne prendono il posto, e la loro violazione è vera violazione di norme giuridiche interne. « *Iede Verletzung eines Auslieferungsvertrages kann sohin in bestimmten Fällen auch für den Ausgelieferten, wiewohl letzterer nur Objekt desselben ist, insoferne wirksam werden, als sie zugleich eine Verletzung des gültigen Gesetzes in sich fasst* ». Se non erro, questo caso può considerarsi come un esempio tipico di uno stato di cose, in cui si deve ammettere che le disposizioni dei trattati di estradizione, regolarmente pubblicati, dànno luogo ad altrettante regole corrispondenti di diritto interno, che creano dei veri diritti subiettivi individuali. Ma parmi non meno certo che ciò dipenda direttamente dalla legge interna e non dal trattato; donde l'impossibilità di generalizzare un principio, che emana da una particolare condizione giuridica ed ha valore soltanto riguardo a questa. E per ciò non saprei approvare, nemmeno dal punto di vista *de lege condenda*, la regola proposta dall'Istituto di diritto internazionale nella sessione di Parigi del 1894 (*Annuaire*, vol. XIII, 1894-95, pag. 203 e segg.), che, in parziale modificazione delle risoluzioni di Oxford (1880), accorda senz'altro all'estradato il diritto di far valere a suo profitto *tutte* le disposizioni, non soltanto della legge, ma anche dei trattati di estradizione.

[1] Gli esempi addotti, e le questioni discusse con qualche larghezza nelle note precedenti, bastano certamente a dimostrare che la sola considerazione del trattato è spesso insufficiente a condurre ad una conclusione sicura circa l'esistenza, o meno, di diritti individuali relativi all'estradizione. Di qui la necessità d'integrare questo punto di vista con quello più generale e comprensivo, che può ricavarsi dalla considerazione dell'intero sistema dei diritti subiettivi pubblici o privati riconosciuti all'individuo verso lo stato, in una determinata organiz-

mersi se i poteri competenti ebbero o no l'intenzione di accordare all'individuo il diritto di non essere estradato fuori dei casi e dei modi stabiliti dal trattato, o se vollero soltanto conferire ai funzionari le autorizzazioni ed i poteri necessari per eseguirlo; la qual cosa, sia detto qui di passaggio, può spiegare, fino ad un certo punto, l'aspetto che ha preso la questione nella giurisprudenza pratica di certi stati. Non è il caso d'insistere di più sopra un punto così speciale: quello che qui importava era soltanto di mettere bene in chiaro il principio generale a cui si ricollega, vale a dire che la legalità di qualsivoglia atto di governo dal punto di vista del diritto internazionale sfugge sempre e per natura sua ad ogni

---

zazione giuridico-politica. Si pensi alla differenza che presentano, anche in questa materia, i principî accolti in Inghilterra ed in Francia, ed avremo subito un esempio concreto della grande influenza che esercita, sulla posizione giuridica dell'estradato o dell'estradando, il diverso modo d'intendere la consistenza ed i limiti del diritto dell'individuo verso la pubblica amministrazione. Il largo concetto del diritto riferibile subiettivamente ad un individuo, e l'esatta consistenza di quelli che si possono dire i diritti individuali del cittadino, in particolare della libertà personale, insieme col collegamento organico tra le funzioni della giustizia e dell'amministrazione, tra la tutela degli interessi privati e pubblici, che è una delle caratteristiche più notevoli della legislazione inglese, hanno prodotto tutto quel complesso di garanzie giurisdizionali che circondano l'estradizione in Inghilterra, e che hanno esercitato un'influenza ben nota sui trattati conclusi da questo stato in tale materia. Invece in Francia il modo onde vi fu inteso ed attuato il principio della separazione dei poteri, la distinzione, generalmente accolta, fra gli atti d'impero e di gestione per determinare i limiti materiali della competenza dell'autorità giudiziaria verso gli atti dell'amministrazione, insieme alla teorica delle cosiddette *questioni pregiudiziali*, che restringe nei più angusti confini, o annulla del tutto il sindacato del giudice ordinario sugli atti amministrativi, hanno portato a dare all'estradizione il carattere di un atto di governo o di *alta amministrazione*, per usare la frase tecnica di quella giurisprudenza, sottratto quasi interamente alla funzione giurisdizionale ed incapace di ledere veri diritti subiettivi degli individui.

sindacato giurisdizionale interno; ma rimane da vedere se i poteri dell'amministrazione, a tale riguardo, non incontrano anche dei limiti d'ordine giuridico interno, e se la violazione di questi limiti non è tale, che apra l'adito ad una difesa giurisdizionale dell'individuo, sia per opera dell'autorità giudiziaria comune, sia per opera di giurisdizioni speciali.

E con questo vengo implicitamente a dire che la difesa giurisdizionale dell'individuo contro gli atti della pubblica amministrazione è ammissibile ogni volta che trova il suo fondamento nelle norme giuridiche interne, ancorchè l'atto impugnato sia un atto voluto dal diritto internazionale. Il diritto dell'individuo verso lo stato è indipendente dai doveri internazionali di questo: spetta allo stato non accordare agli individui dei diritti che possano ostacolare o rendere impossibile l'adempimento di quei doveri, e non assumere verso gli altri stati dei doveri, che sieno incompatibili coi diritti di cui godono gl'individui (1). E, applicando un sano criterio precedentemente esposto, soggiungiamo che non si dovrà facilmente ammettere che lo stato abbia concesso agl'individui dei diritti incompatibili coi doveri che gl'incombono nell'ordine dei rapporti internazionali. Ma se il conflitto si verifica, se un atto del governo viola il diritto del privato per ottemperare ad esigenze d'ordine internazionale, non è dubbio che l'individuo possa

---

(1) Un esempio dell'influenza esercitata, da questo punto di vista, dal diritto interno sui rapporti internazionali, ce lo offre l'atto inglese sull'estradizione del 1870, uno degli scopi del quale fu appunto quello di restringere maggiormente e determinare i limiti del potere esecutivo circa il contenuto dei trattati di estradizione, in riguardo alle garanzie che si volevano assicurare agl'individui: i principî stabiliti nella terza sezione di quell'atto si ritrovano nei trattati conclusi posteriormente dall'Inghilterra. E, in genere, l'attitudine presa da questo stato in varie materie interessanti le relazioni internazionali, che si connettono in pari tempo con la libertà individuale (si pensi, ad esempio, all'espulsione degli stranieri), è una prova eloquente dei limiti che apporta nell'azione internazionale dello stato il modo di concepire certi diritti dell'individuo.

sperimentare contro l'amministrazione i mezzi di tutela giurisdizionale che la legge gli accorda, per ottenere la reintegrazione del diritto leso. Così negli stati dove al potere amministrativo è vietato di procedere all'estradizione dei cittadini, questi potranno sempre opporvisi ed impugnarne la legalità, sebbene il governo siasi convenzionalmente obbligato a concederla; la qual cosa, è forse inutile aggiungerlo, non esonera lo stato dalla responsabilità derivante dal mancato adempimento dell'obbligo assunto, ma soltanto rende impossibile l'adempimento, perchè l'obbligazione internazionale, priva di effetto nei rapporti interni e specialmente per quanto riguarda il diritto individuale, sussiste, invece, e spiega tutte le sue conseguenze nel campo proprio. Trattasi sempre, in questo caso come nel precedente, di applicazioni diverse del principio generale di separazione che informa i rapporti fra il diritto internazionale ed interno; lo stesso principio che ci servì di guida nello studiare i problemi nascenti dalle relazioni fra l'autorità giudiziaria e la funzione legislativa.

Per quanto attiene alla materiale estensione della competenza giudiziaria in confronto all'amministrazione, si può dunque concludere che l'ammissibilità, i modi, i limiti di una funzione giurisdizionale a difesa dei diritti individuali contro l'autorità amministrativa deve apprezzarsi sempre e soltanto in base al diritto interno, *esclusa ogni considerazione del rapporto in cui si trova l'atto amministrativo col diritto internazionale.* Le applicazioni, numerose ed importanti, di questo principio si collegano strettamente al diverso modo di intendere certi principî fondamentali del diritto pubblico moderno, come quelli dell'eguaglianza civile e della divisione dei poteri, che, insieme ad un complesso di fattori storici svariatissimi, di tradizioni e di consuetudini, hanno concorso a plasmare in modo vario i sistemi legislativi, che nei singoli stati delimitano la competenza dell'autorità giudiziaria e le attribuzioni dell'amministrazione. Si entra così in un campo speciale, che sfugge alle nostre indagini: dove il diritto dell'individuo verso lo stato è venuto assumendo la maggiore estensione e consistenza, ivi l'attività amministrativa non può svolgersi,

anche nel campo dei rapporti internazionali, senza rispettare più o meno numerosi limiti posti dal diritto interno a tutela dei privati, e garantiti da un sistema più o meno completo di difese giurisdizionali: dove, invece, la contrapposizione di un diritto dell' individuo a quello dello stato si restringe in angusti confini, o ne è malsicura ed evanescente la consistenza, ivi l'attività amministrativa incontra minori limiti d'ordine giuridico interno, ed una difesa giurisdizionale del privato contro gli atti che la pubblica amministrazione compie nel campo dei rapporti internazionali, o manca del tutto, o trova solo limitate ed imperfette applicazioni.

A maggiori considerazioni ha dato luogo il nostro argomento in rapporto a quel vasto e complesso ordine di questioni, che riguarda i limiti del sindacato giudiziario sugli atti del potere amministrativo. Trattasi, in sostanza, di determinare fino a che punto l' autorità giudiziaria può sottoporre al proprio sindacato gli atti dell'amministrazione, ed investirne col suo pronunziato il valore; nel caso nostro, ben s'intende, limitatamente a quelli atti che il potere amministrativo compie nel campo dei rapporti internazionali, ed all'esame che i tribunali possano esser chiamati a farne nella soluzione di questioni pregiudiziali o incidentali collegate con altre sottoposte al loro giudizio. Ma le discussioni intorno ai rapporti fra l'autorità giudiziaria ed amministrativa, nel riguardo degli atti che interessano il nostro studio, si riferiscono, come già fu detto, quasi esclusivamente ad un punto solo: la competenza dell' autorità giudiziaria ad interpretare ed applicare i trattati internazionali. Sembra dunque ora opportuno di esporre brevemente, e da un punto di vista generale, le ragioni, il significato, i limiti di questa controversia, e ricollegarla poi ai principî da cui dipende la soluzione di questo e di altri problemi affini.

Le difficoltà che s' incontrano, in generale, nel determinare il sindacato dell'autorità giudiziaria sopra gli atti compiuti dal potere amministrativo, trovano ragioni diverse e tutte speciali allorchè il discorso si riferisce ai trattati internazionali. Prima e meglio del carattere formale, cade qui in considerazione il contenuto sostanziale e lo scopo dell' atto, diretto, per natura

sua, a regolare rapporti, a creare diritti e doveri, i quali eccedono il potere giurisdizionale dello stato nel suo complesso, nonchè quello delle singole autorità da cui risulta. Una intuizione più o meno chiara della natura particolare del trattato doveva naturalmente condurre a sottrarlo ad ogni sindacato dell'autorità giudiziaria interna; e ciò, lo ripeto, prima e indipendentemente da ogni considerazione sull'autonomia del potere che lo pone in essere rispetto alla funzione giurisdizionale. Lo svolgimento logico di questo concetto porta ad affermare l'assoluta incompetenza dell'autorità giudiziaria ad interpretare ed applicare i trattati internazionali, riserbando tale funzione esclusivamente ai governi interessati: qual parte esso abbia avuto, in realtà, nella dottrina e nella giurisprudenza pratica è abbastanza noto; e d'altronde il concetto si collega così intimamente con gli altri desunti dal modo di intendere i rapporti fra la giustizia e l'amministrazione, che lo sceverare la parte dovuta respettivamente a ciascuno di essi non sarebbe facile, e non è neanche necessario allo svolgimento del nostro studio.

Se non che, questa opinione, nella sua logica consequenzialità, si rivela ben presto inattuabile. L'osservazione dimostra, non soltanto la necessità in cui si trovano talora i tribunali di tener conto, per le loro decisioni, del contenuto e degli effetti dei trattati internazionali, ma anche l'esistenza di trattati direttamente e specificatamente rivolti a determinare un'attività giurisdizionale interna, e di altri trattati, la cui esecuzione risulterebbe imperfetta, incompleta, non corrispondente alle intenzioni degli stati, se non avesse la garanzia di un sindacato giurisdizionale interno. Così un criterio nuovo e diverso da quello accennato precedentemente interviene a modificare, e spesso a paralizzare, l'intera genuina esplicazione di questo.

Risultato delle due opposte esigenze può dirsi infatti la distinzione, cui più volte si è accennato nel corso di questo studio, fra i trattati d'interesse pubblico e quelli relativi ad interessi privati; sottratti i primi, assolutamente e sempre, ad ogni sindacato giurisdizionale interno, e suscettibili d'interpretazione ed applicazione soltanto da parte dei governi inte-

ressati, e coi mezzi propri del diritto internazionale; i secondi, invece, almeno in quella parte che propriamente e direttamente riguarda interessi privati, suscettivi di essere applicati e fatti valere per mezzo dell'autorità giudiziaria. Il fondamento giuridico di questa competenza si trovò facilmente nel principio che il trattato internazionale ha, nello stato, carattere e valore di legge; mentre, d'altro lato, per escludere la competenza nei riguardi dei trattati relativi agl' interessi pubblici, si ricorreva alla loro natura di atti politici o d'impero, facendo così concorrere due criteri affatto diversi, e spesso anche in parte contradittorî, a giustificare e spiegare una distinzione, che era stata certamente suggerita da esigenze pratiche, prima che da principî teorici. Senza dubbio, questi diversi criteri agirono, nei vari casi, con intensità disuguale e produssero effetti diversi, combinandosi in vario modo fra loro e con altri principî relativi ai rapporti fra la giustizia e l'amministrazione; ma, in sostanza, i fattori e gli elementi delle discussioni scientifiche e delle applicazioni pratiche furono quelli. La differenza nei risultati ultimi si spiega agevolmente con la diversità dei principî medesimi, ciascuno dei quali, logicamente svolto, poteva portare a conclusioni affatto diverse. È certo, infatti, che si giustifica così bene l'opinione di coloro, i quali vogliono in ogni caso ammettere la competenza dell'autorità giudiziaria ad interpretare ed applicare i trattati internazionali, movendo dal principio che il trattato equivale alla legge (1), come si può giungere, con ogni rigore di logica, alla conclusione che il sindacato giudiziario non è mai ammissibile, ancorchè il trattato riguardi interessi privati, partendo dalla natura speciale e dallo scopo proprio di quest'atto, che dà vita a rapporti giuridici naturalmente sottratti all'apprezzamento dei tribunali interni (2).

---

(1) In questo senso, infatti, Appert, *art. cit.*, pag. 446 e seg.

(2) Confr. la sentenza della cassazione di Roma 13 dicembre 1900, *Fòro*, 1901, I, 403. È, in sostanza, il concetto di cui si valgono la dottrina e la giurisprudenza francese per escludere che i tribunali possano mai *interpretare* (non *applicare*) i trattati: vedi Laferrière, *op. cit.*, vol. II, pag. 46 e segg.

La teoria si rivela così, non soltanto fondata su concetti, ciascuno dei quali, singolarmente preso, è incapace di resistere ad un serio esame critico (e lo abbiamo ripetutamente veduto, tanto per ciò che riguarda il valore giuridico del trattato nei rapporti interni, quanto per la pretesa distinzione fra i trattati d'interesse pubblico e quelli d'interesse privato); ma si rivela altresì priva di un contenuto organico, di un principio razionale, che possa dominarne armonicamente lo svolgimento e le applicazioni concrete, composta, invece, di concetti, che, se in apparenza si collegano fra loro e si completano, in realtà sono contradittorî e si escludono a vicenda. Ma piuttosto che insistere sopra una critica che abbiamo ormai fatta, gioverà delineare sommariamente il modo nel quale, a mio giudizio, devesi porre e svolgere la discussione.

Il punto di partenza e la premessa fondamentale sta nel distinguere l'applicazione giudiziaria del trattato dall'applicazione delle norme interne (legislative o regolamentari) create con la pubblicazione del trattato. Un buon numero di casi pratici, che di solito si fanno rientrare nella categoria dei trattati d'interesse privato, sono invece casi di applicazione delle norme interne emanate con la pubblicazione del trattato ed in esecuzione di questo. I trattati cui si riferiscono i sostenitori di questa opinione sono infatti quelli che più generalmente dànno luogo all'emanazione di norme giuridiche interne, per conferire ai privati i diritti o imporre loro i doveri voluti dal trattato: la tutela di questi diritti e doveri implica, di necessità, l'esercizio della funzione giurisdizionale interna, che, in mancanza di una chiara e conseguente distinzione fra il rapporto giuridico internazionale e la norma interna, si ritenne applicabile al trattato stesso, in quanto riguarda e regola rapporti ed utilità individuali. Ma i trattati non tutelano mai interessi individuali, nè questi interessi elevano a dignità di diritti: l'interesse tutelato dal trattato è sempre un interesse dello stato, ed il diritto che ne deriva è un diritto dello stato, non dell'individuo. Il riconoscimento dei diritti e la tutela degli interessi individuali è invece opera delle norme giuridiche interne, che lo stato emana mediante la pubblicazione del

trattato; sicchè la pretesa applicazione giudiziaria dei trattati internazionali, in quanto riguardano diritti ed interessi privati, è, in realtà, applicazione di un diritto interno, che soltanto nel suo aspetto materiale si presenta confuso col trattato.

D'altro lato però, dopo quello che son venuto dicendo intorno alla possibilità ed al bisogno dell'applicazione del diritto internazionale da parte degli organi giudiziari interni, non si può certo escludere, in via generale ed a *priori*, che occorra talvolta anche di applicare il trattato vero e proprio. Anzi, se ben guardiamo, vedremo che le occasioni sono assai più frequenti e più facili di quanto si potrebbe credere a prima vista, nonostante la larga applicazione di cui è suscettiva la distinzione fra il trattato e le norme giuridiche interne, che ne derivano. Non solo, infatti, molti di quei casi e di quelle materie, in cui si è dimostrata possibile e necessaria l'applicazione giudiziale del diritto internazionale, sono regolate da trattati, o a questi in qualche modo si collegano e si riferiscono, ma si può dire altresì che, nello stato attuale del diritto positivo, non sia quasi mai possibile l'interpretazione ed applicazione delle norme interne corrispondenti ad un trattato, senza la preventiva determinazione dei diritti e dei doveri dello stato verso gli altri stati, ossia senza l'applicazione pregiudiziale o incidentale del trattato, da cui quei diritti e quei doveri derivano. Anche se l'emanazione delle norme interne avvenisse per mezzo di atti speciali, che le distinguessero materialmente dal contenuto del trattato, sarebbe sempre assai frequente il caso di dover ricorrere a questo, per desumerne l'esatta interpretazione ed il valore di quelle. Dato, poi, il procedimento con cui avviene dovunque la creazione del diritto interno corrispondente al trattato, l'interpretazione ed applicazione delle norme interne si lega così strettamente col contenuto del trattato, che in certi casi diventa perfino difficile di afferrare la distinzione stessa su cui si fondano le nostre osservazioni. Il trattato, infatti, fornisce i criteri per determinare l'esistenza ed il contenuto del diritto interno: il diritto o il dovere internazionale dello stato costituisce il presupposto della volontà di questo di emanare quelle date norme, e quindi del fatto stesso

della loro emanazione; mentre, d'altro lato, la natura ed i limiti di quel diritto o di quel dovere, in relazione con le condizioni giuridiche interne, sono il presupposto indispensabile per determinare il carattere, il contenuto, lo scopo delle norme emanate. Qual può essere, dunque, il criterio generale per distinguere questa duplice categoria di casi, logicamente e giuridicamente del tutto diversi, ma nel fatto così spesso legati e quasi confusi fra loro?

Senza dubbio, l'applicazione giudiziaria dei trattati ha sempre luogo in via pregiudiziale o incidentale. I rapporti strettissimi che passano fra l'atto giuridico internazionale ed il diritto interno corrispondente, la confusione materiale dell'uno con l'altro, non possono in alcun modo diminuire il valore logico e la necessità giuridica di questo principio fondamentale: se il trattato crea soltanto diritti e doveri degli stati fra loro, la determinazione e la dichiarazione di questi diritti non può essere ufficio degli organi giudiziari interni, se non in quanto costituisca un mezzo necessario alla loro ben diversa funzione. Ma non ne viene che ogni questione pregiudiziale o incidentale, collegata col contenuto di un trattato, lo riguardi come atto giuridico internazionale, anzichè come parte del diritto interno: il vario concatenamento delle questioni che possono sorgere nel processo non esclude davvero che il giudice debba interpretare ed applicare le norme interne corrispondenti al trattato, in via pregiudiziale o incidentale ad altre questioni, regolate da quelle medesime norme o da altre diverse. La determinazione della competenza di un funzionario a compiere certi atti può essere una questione pregiudiziale per stabilire se esiste un diritto dell'individuo e quale ne è il contenuto, e può, al pari di questo, dipendere dalle norme interne sorte con la pubblicazione del trattato. Così, ad esempio, la competenza a rilasciare un brevetto d'invenzione può costituire il presupposto della protezione accordata al brevetto stesso: che l'uno e l'altro rapporto possano, eventualmente, trovare il loro regolamento giuridico nel contenuto di un trattato internazionale, che stabilisce l'obbligo e fissa i modi e le condizioni della protezione reciproca dei brevetti negli stati contraenti, non è da mettere

in dubbio; e non è dubbio nemmeno che si tratti di due questioni regolate dal diritto interno creato con la pubblicazione del trattato, perchè spetta al diritto interno tanto il regolamento delle competenze degli organi, quanto il conferimento e la tutela dei diritti individuali.

Il criterio di distinzione non può essere dunque quello, tutto estrinseco e formale, del modo onde sorge la questione nel processo. Bisogna, invece, desumerlo dall' intrinseca natura del rapporto regolato dalla norma, secondo i criteri di distinzione fra il diritto internazionale ed il diritto interno già precedentemente tracciati. Il diritto internazionale regola soltanto i rapporti fra gli stati, e soltanto a questi attribuisce facoltà e pretensioni, impone limitazioni ed obblighi; perciò, ogniqualvolta, in via pregiudiziale o incidentale, si presenta il bisogno di determinare quali rapporti intercedono fra due o più stati in ordine ad un trattato, quali diritti e doveri rispettivamente ne desumono, la questione appartiene al diritto internazionale, ed il trattato viene in considerazione veramente e propriamente in questa sua qualità. Ma è, invece, esclusivo ufficio del diritto interno regolare i rapporti d' ogni genere degl' individui fra loro e con lo stato, determinare le funzioni e le competenze degli organi, creare pretese ed obblighi correlativi a questi rapporti, e via dicendo: perciò, tutte le controversie di questo genere appartengono propriamente al diritto interno, qualunque sia la relazione che le collega ad un trattato; e l' interpretazione ed applicazione di questo, o per dir meglio del suo contenuto, tanto in via principale o diretta, quanto in via pregiudiziale ed incidentale, in quanto serve a risolvere questioni siffatte, non è e non può essere altro che interpretazione ed applicazione delle norme giuridiche interne emanate mediante la pubblicazione del trattato.

E così non rientrano nell' applicazione del trattato, ma sibbene in quella del diritto interno creato con la pubblicazione di esso, tutte le controversie relative alla consistenza ed al contenuto di pretese individuali, tanto se rivolte verso altri individui, quanto se rivolte verso lo stato; come, ad esempio, controversie riguardanti la condizione giuridica degli

stranieri, la determinazione della cittadinanza, la concessione ed il godimento di determinati diritti pubblici o privati, e via dicendo, sebbene per risolverle i giudici debbano desumere le norme dal contenuto di trattati internazionali relativi a queste materie. Per la stessa ragione, i tribunali applicano il diritto interno e non il trattato quando giudicano di pretese che lo stato accampa in confronto a determinati individui, perchè il dovere giuridico di questi può sorgere soltanto dal diritto interno; e qui rientrano i casi, tante volte esaminati e discussi nel corso di questo studio, di limitazioni della libertà di commercio dei privati, il divieto e la repressione di quelli atti che impropriamente si designano come atti individuali contrari al diritto internazionale, e via dicendo, ancorchè le norme secondo cui lo stato limita la libertà del commercio o proibisce certi fatti risultino da un trattato regolarmente pubblicato. Ma non basta ancora: l'esecuzione dei trattati importa assai spesso il bisogno che i funzionari compiano certi atti, che non rientrano nella sfera della loro ordinaria competenza, o si astengano dal compierne altri, che sarebbero tenuti a fare; di qui la necessità di autorizzazioni, comandi, divieti diretti ai funzionari, relativamente a ciò che devono fare o non fare perchè il trattato ottenga esecuzione. Anche questa è materia propria del diritto interno, perchè la determinazione e la distribuzione delle competenze fra i vari organi ed uffici dipende dalla volontà dello stato, il quale vi provvede talora emanando le norme necessarie mediante la pubblicazione del trattato; sicchè i tribunali che risolvono difficoltà e regolano rapporti di questo genere per mezzo del contenuto materiale di un trattato, in realtà applicano le norme giuridiche interne determinate da questo.

È, invece, vera e propria applicazione del trattato quella che se ne faccia per determinare se uno stato aveva il diritto o il dovere di emanare certe norme, d'impartire certi ordini, di esercitare certi atti d'autorità, di conferire certi diritti, d'imporre certi doveri; è applicazione del trattato la eventuale determinazione della ripartizione di oneri e di vantaggi fra gli stati contraenti, per desumerne, ad esempio, l'ammissibilità di una pretesa individuale verso lo stato; è applicazione del

trattato la determinazione del trasferimento di certi obblighi patrimoniali dallo stato che cede un territorio a quello che se l'annette, in base al trattato di cessione; e via dicendo.

Determinato così l'aspetto sotto cui veramente sorge la questione della competenza dell'autorità giudiziaria ad interpretare ed applicare i trattati internazionali, non è difficile vedere come essa non sia affatto ristretta a questo particolare atto giuridico internazionale, perchè di vari altri atti compiuti dal potere amministrativo in questo campo può occorrere di tener conto nella soluzione di controversie regolate dal diritto interno e deferite agli organi giudiziari interni: cito, ad esempio, il riconoscimento di uno stato o di un sovrano estero, l'accreditamento di un agente diplomatico, la dichiarazione di guerra, la notificazione di un blocco; e via dicendo [1]. La questione non è, dunque, che una parte e un aspetto di un problema più generale e più vasto, quello, cioè, dei rapporti formali che intercedono fra gli organi giurisdizionali e gli organi dell'amministrazione nelle materie attinenti alle relazioni internazionali, dei limiti e degli effetti di un possibile sindacato dei primi sopra gli atti compiuti dai secondi. A questo punto il problema esce dal campo dei nostri studi, per diventare piuttosto una parte di un ben noto capitolo del diritto pubblico interno. Tuttavia, i criteri generali sui rapporti fra il diritto internazionale ed il diritto interno, che ci hanno servito di guida in questa trattazione, possono, io credo, essere utilmente applicati per determinarne meglio il contenuto ed i caratteri.

Gli atti del potere amministrativo, che interessano il nostro tema, si posson dividere in due grandi categorie:

1ª) Atti amministrativi interni, che hanno semplicemente una rilevanza internazionale, perchè sono imposti, permessi o vietati dal diritto internazionale. Una buona parte dei diritti

---

[1] Le sentenze citate nel corso di questo studio offrono più di un esempio di atti internazionali, del genere di quelli rammentati nel testo, di cui i tribunali hanno dovuto tener conto nelle loro decisioni: vedansi anche altri esempi in Wharton, *Commentaries*, pag. 458, e Triepel, *op. cit.*, pag. 442.

e dei doveri dello stato, nei rapporti internazionali, si riferisce ad un'attività, che si svolge per mezzo degli organi del potere amministrativo: sono, quindi, numerosissimi gli atti amministrativi interni che lo stato deve compiere, o può compiere, o deve astenersi dal compiere, per esigenze d'ordine internazionale. Il principio generale di separazione, che informa i rapporti fra il diritto internazionale ed interno, insieme all'altro che la competenza degli organi dipende esclusivamente dal diritto interno, delineano chiaramente la posizione del giudice rispetto a questi atti. Ossia, le regole che determinano nello stato la ammissibilità ed i limiti del sindacato giudiziario sugli atti della pubblica amministrazione si applicano nello stesso modo agli atti di cui si parla, perchè il loro rapporto col diritto internazionale non può in nulla modificarne il valore giuridico interno, nè limitare o ampliare le facoltà del giudice. Potrà sembrare opportuno che la legge, in questi casi, assicuri maggiormente la libertà del potere amministrativo di agire nel modo voluto dal diritto internazionale; ma, dove mancano disposizioni speciali, non è dubbio che si debbano applicare le regole generali, che in quello stato determinano l'ammissibilità ed i limiti del sindacato giudiziario sugli atti della pubblica amministrazione.

2ª) Atti che il potere amministrativo compie nella sfera dei rapporti internazionali; ossia atti internazionali, che dal punto di vista dell'ordine giuridico interno appaiono come atti amministrativi, in quanto sono compiuti dagli organi del potere amministrativo: sono, in un certo senso, atti amministrativi *formali*, non *sostanziali*, perchè la loro consistenza giuridica è data dal diritto internazionale, non dal diritto amministrativo; ed in ciò sta la differenza da quelli indicati prima, che sono atti amministrativi formalmente e materialmente, qualunque sia il rapporto che li lega al diritto internazionale [1].

---

[1] Risponde, in qualche modo, alla distinzione formulata nel testo il concetto del Laferrière, *op. cit.*, vol. II, pag. 46, secondo il quale l'azione diplomatica non apparterrebbe alle attribuzioni amministrative,

Il sindacato giurisdizionale incontra per necessità, rispetto a questi atti, limiti maggiori, perchè, dal punto di vista dell'ordine giuridico interno, essi appaiono come atti essenzialmente discrezionali, includenti un apprezzamento ed un giudizio di opportunità, che è rimesso in tutto al potere che li ha compiuti. Ond'è che, il più delle volte, questi atti non sono suscettivi di discussione e di apprezzamento da parte dell'autorità giudiziaria, che si trova costretta ad ammetterli come dati di fatto insindacabili (1). Ma può esser benissimo che questi atti dieno luogo ad un giudizio di legalità dal punto di vista del diritto interno, il quale, ad esempio, determina la competenza degli organi che li compiono, stabilisce delle condizioni e delle formalità a cui vanno subordinati, e via dicendo. La separazione del diritto internazionale dal diritto interno porta, in questo caso, a ritenere che un sindacato giurisdizionale sugli atti di cui si parla, dal punto di vista del diritto interno, si

---

che cessano alla frontiera dello stato. Occorre appena avvertire che se questo scrittore assegna l'azione diplomatica alle *funzioni governative* per desumerne che non va soggetta a verun controllo giurisdizionale, la teoria si collega ad una speciale concezione dell'atto di governo, che non ha con le idee da me esposte che un rapporto assai indiretto e lontano. Sul concetto degli *atti di governo,* in contrapposto agli *atti amministrativi,* nella dottrina e nella giurisprudenza francese, vedi ORLANDO, *La giustizia amministrativa,* pag. 902 e segg., e gli autori ivi citati.

(1) Un caso recente e caratteristico di limitazioni che incontra l'autorità giudiziaria in materie attinenti ai rapporti internazionali, si trova in una sentenza dell'alta corte di giustizia inglese, divisione di cancelleria, del 10 marzo 1900, pubblicata nel *Journal du dr. int. pr.*, vol. XXIX, 1902, pag. 865 e seg. In una controversia relativa alla revisione di un contratto concluso fra un tal Foster ed una società anonima, sorgeva questione circa la validità di un trattato, che si pretendeva concluso fra la società e le tribù africane di Suss. L'attore affermava che le dette tribù erano dipendenti dal Sultano del Marocco: il giudice dichiara che su questo punto chiederà informazioni al ministro degli affari esteri, e la risposta di questo sarà decisiva e concludente, senza possibilità di prova contraria.

svolge nello stesso modo e con gli stessi limiti, in cui si svolgerebbe se si trattasse di atti amministrativi veri e propri, non soltanto perchè, in genere, nel determinare la competenza giurisdizionale l'elemento formale assorbe il materiale, ma anche perchè la questione è affatto distinta e diversa da quella della legalità degli atti in discorso dal punto di vista del diritto internazionale. Il giudice è senza dubbio incompetente ad apprezzare la legalità internazionale di una misura di ritorsione ordinata dal governo in confronto ad uno stato estero; ma, da un punto di vista generale e prescindendo dai principi particolari vigenti nello stato intorno ai rapporti fra la giustizia e l'amministrazione, nulla si oppone a che egli esamini se la ritorsione, che è eventualmente chiamato ad applicare, fu ordinata da chi ne aveva il potere, se furono osservate le condizioni e le formalità stabilite dalla legge interna, e via dicendo (1). E osservazioni analoghe si potrebber fare rispetto a vari altri atti di questo genere; il riconoscimento di uno stato o di un sovrano, l'accreditamento di un agente diplomatico, la notificazione di un blocco, la dichiarazione di guerra, ecc. ecc.

Indipendentemente poi da un vero e proprio sindacato sulla legalità degli atti compiuti dallo stato nei rapporti internazionali, può presentarsi semplicemente il bisogno di determinarne il significato ed il valore per la risoluzione di altre controversie regolate dal diritto interno e deferite agli organi giurisdizionali interni. Ed è precisamente sotto questo aspetto che sorge, di solito, la questione della competenza dell'autorità giudiziaria circa le convenzioni internazionali; un caso, come si è visto, tutt'altro che particolare o isolato, ma più frequente, perchè più spesso accade che al trattato si colleghino norme di diritto interno, la cui interpretazione ed applicazione richiede l'interpretazione e l'applicazione dell'atto internazionale. Anche sotto questo aspetto, il problema non è che una

---

(1) Così giustamente il KOHLER, *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stuttgart 1891, pag. 669 e seg., rispetto al § 4 della legge germanica sul fallimento.

parte di quello più generale relativo ai rapporti fra la giustizia e l'amministrazione: fin dove arrivi concretamente la libertà del giudice nell'interpretare ed applicare gli atti compiuti da altri organi nei rapporti internazionali, ed in qual rapporto si trovi la funzione giudiziaria con le altre attività dello stato nel campo nostro, è, come ognun vede, questione così strettamente connessa col diritto pubblico interno, che porla in termini generali e al di fuori di una data legislazione positiva equivale a rinunziare anticipatamente a comprenderla, nonchè a risolverla.

Qui sta precisamente un altro errore, e non il più lieve, dell'indirizzo che ha preso di solito la discussione intorno alla competenza dell'autorità giudiziaria circa le convenzioni internazionali, almeno negli scrittori della nostra scienza, i quali spesso hanno creduto di poter risolvere la questione con criteri generali, desunti dalla natura, astrattamente concepita, del trattato, invece di ricollegarla ai principî, che in ogni stato determinano così diversamente i limiti della funzione giurisdizionale rispetto agli atti del potere amministrativo. La questione non è se e quando i tribunali interni possano o debbano applicare i trattati internazionali, ma piuttosto se e quale libertà una data legge lasci al giudice in questo proposito. Senza dubbio, la funzione giurisdizionale interna si presenta particolarmente necessaria rispetto a certe categorie di trattati, mentre l'esecuzione di altri sembra escluderla in modo assoluto; ma tutto ciò non ha quasi nessuna importanza nel caso nostro, perchè la questione incomincia proprio in quei casi e rispetto a quei trattati che ammettono o richiedono l'applicazione giudiziaria, e sorge precisamente come una questione di competenza e di rapporto fra i vari organi di un medesimo stato: ora, a questo punto, la soluzione del problema non può esser data in verun modo da criteri generali o da principî di diritto internazionale. Il diritto internazionale può essere di grande aiuto, ed è anzi indispensabile, a ben porre e determinare l'aspetto ed i limiti del problema: questo fu, infatti, lo scopo delle pagine che precedono, e confidiamo che le nostre osservazioni appariranno tutt'altro che

prive d'importanza per la retta posizione del problema rispetto ai singoli diritti territoriali: ma più di questo al diritto internazionale non si può nè si deve chiedere; la vera soluzione del problema dipende soltanto dal diritto pubblico interno.

E così in Francia la teorica, che andò formandosi sotto l'influenza della dottrina della divisione dei poteri intorno alle cosiddette *questioni pregiudiziali*, ed il conseguente specialissimo concetto del *contenzioso amministrativo d'interpretazione* [1], per cui non soltanto si ritenne che l'autorità giudiziaria debba astenersi dal decidere sopra la legalità di un atto di competenza della giurisdizione amministrativa, anche quando la decisione è indispensabile per risolvere una questione di competenza dell'autorità giudiziaria, ma, nella ipotesi che in una controversia fra privati venga semplicemente in discussione il valore, la portata, l'effetto di un atto amministrativo, si sottrasse ai tribunali l'interpretazione dell'atto, facendone una specie d'incidente riservato alla giurisdizione amministrativa, spiegano quel concetto, che a prima vista par tanto singolare, per cui i tribunali sarebbero competenti talora ad applicare, mai però ad interpretare i trattati; concetto che il più autorevole espositore del sistema della giustizia amministrativa in Francia designa come quello che, dopo varie incertezze, tende a fissarsi definitivamente nella giurisprudenza della cassazione, e che egli dal canto suo accoglie come il solo corrispondente ai principî generali sulla competenza, riassumendolo nitidamente così: « *La compétence pour l'application d'un traité varie selon l'objet du traité; elle appartient, selon les cas, au gouvernement, aux tribunaux judiciaires ou à la juridiction administrative.*

---

[1] Vedi, fra i molti: LAFERRIÈRE, *op. cit.*, vol. I, pag. 18 e segg., vol. II, pag. 602 e segg.; DARESTE, *La justice administrative en France, ou traité du contentieux de l'administration,* Paris 1862, pag. 206 e seg.; DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, 2ª ed., Paris 1863, pag. 103, 235 e seg.; MAYER O., *Theorie des französischen Verwaltungsrechts,* Strassburg 1886, pag. 114 e seg.; DALLOZ, *Rep.*, v. *Compétence administrative,* n. 226 e segg., ecc.

Mais pour l' interprétation cette compétence est unique: elle appartient toujours à l' autorité diplomatique et gouvernementale, quelle que soit la juridiction compétente sur le fond de la contestation » [1]. D'altro lato, le frequenti restrizioni e le non lievi eccezioni che la dottrina e la giurisprudenza hanno apportato, quasi per necessità di cose, al principio, secondo il quale la pregiudiziale amministrativa dovrebbe essere sempre rinviata dai tribunali all' autorità amministrativa, e specialmente il concetto, sempre più diffuso, di non rinviare il giudizio sugli atti amministrativi quando il caso non presenta dubbio od oscurità [2], spiegano facilmente l' attitudine presa e mantenuta dalla giurisprudenza, in moltissimi casi, col tener conto e magari interpretare un trattato, che interessi meno direttamente la pubblica amministrazione, senza sollevare nè discutere la pregiudiziale sulla competenza; e sono appunto quei casi, guardando ai quali l'Appert giungeva a conclusioni, che, prese alla lettera, differirebbero assai dall' opinione del Laferrière e poco risponderebbero ai concetti cui s' informa il diritto francese in questo tema dei rapporti fra la giustizia e l' amministrazione, ma che, in realtà, non fanno se non rispecchiarne la poca solidità e la contradizione, risultante dall' affermare la possibilità di un preventivo giudizio dei tribunali sulla natura di quella pregiudiziale, che pur si vorrebbe loro interamente sottratta, giungendo infine a render possibile, con la ragione o col pretesto della non questionabilità dell' atto da applicare, una competenza dei tribu-

---

(1) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, vol. II, pag. 52.

(2) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, vol. II, pag. 604 e seg.; DARESTE, *op. cit.*, pag. 206; VACCHELLI, *op. cit.*, pag. 290; DALLOZ, *Rep.*, *v. cit.*, specialm. n. 246 e segg., ecc. I vari criteri su cui si può fondare, nel diritto francese, l' applicazione giudiziaria dei trattati internazionali (trattato-legge, non ambiguo, riguardante interessi privati), si trovano spesso richiamati ed applicati simultaneamente nelle decisioni giudiziarie; vedansi, fra le più recenti, app. Rouen 26 giugno 1900 (*Journ. du dr. intern. pr.*, vol. XXVIII, 1901, pag. 360 e seg.) e app. Parigi 5 marzo 1901 (*ibid.*, pag. 573 e seg.).

nali ordinari molto più estesa di quello che, a prima vista, avremmo potuto aspettarci.

Mentre in Francia il modo meccanico ed artificioso di intendere il principio della divisione dei poteri portava ad una distinzione di attribuzioni fra l'autorità giudiziaria e l'amministrativa, così teoricamente rigida da produrre, in pratica, un complesso di eccezioni e di limitazioni, che implicano un vero disconoscimento dei principî, nelle legislazioni germaniche la determinazione materiale dei limiti fra le due autorità, pur con differenze notevoli tanto nel diritto positivo che nelle dottrine [1], muoveva da generali principî desunti dalla natura e dalla sussistenza del diritto controverso, creando due distinte giurisdizioni, per le materie di diritto civile e penale da un lato, per quelle di diritto pubblico dall'altro, ma si svolgeva con tendenze e criterî assolutamente e relativamente molto più elastici, fino a giungere a quella teorica della *competenza per speciale titolo* [2], che, rendendo possibile l'attribuzione della competenza ad un giudice diverso da quello designato dalla natura della controversia, fa, in sostanza, delle due difese giurisdizionali, la giudiziaria e l'amministrativa, due parti di un medesimo sistema. Sicchè,

---

(1) Oltre la classica opera del VON SARWEY, *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege*, Tübingen 1880, specialm. a pag. 92 e segg., 119 e segg., si veda, dello stesso autore, l'*Allgemeines Verwaltungsrecht*, nel vol. I del *Handbuch* del MARQUARDSEN, citato, pag. 156 e segg.; e inoltre: v. GERBER, *Grundzüge*, pag. 181 e segg.; LOENING, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, Leipzig 1884, pag. 770 e segg.; O. MAYER, *Deutsch. Verwaltungsr.*, vol. I, pag. 211 e segg.; WACH, *op. cit.*, pag. 77 e segg.; VACCHELLI, *op. cit.*, pag. 293 e segg. Per la legislazione austriaca in particolare: SARWEY, *Oeff. R. u. Verwaltungsrechtspflege*, pag. 203 e segg., *Allg. Verwaltungsrecht*, pag. 167 e segg.; ULBRICK, *Oesterreichisches Staatsrecht*, 2ª ed. 1892, nel *Handb.* del MARQUARDSEN, vol. IV, I, 1, pag. 106 e segg.; VACCHELLI, *op. cit.*, pag. 305 e segg.

(2) Confr. SARWEY, *Oeff. R. u. Verwaltungsrechtspflege*, pag. 290, 335; WACH, *op. cit*, pag. 99; VACCHELLI, *op. cit.*, pag. 304.

corrispondentemente, i rapporti formali fra la giustizia e l'amministrazione vennero ivi informandosi piuttosto ai caratteri di una ben distinta coordinazione, che a quelli di un' assoluta separazione. Onde, presentandosi alle autorità amministrative questioni di diritto privato o penale, le quali sieno per loro natura pregiudiziali alla risoluzione di questioni di diritto pubblico, o, viceversa, alle autorità giudiziarie questioni di diritto pubblico connesse con altre di diritto privato o penale devolute alla loro competenza, l'una e l'altra autorità, salvo nei casi più gravi stabiliti dalla legge, risolvono per incidente la questione, che, in sè stessa, esulerebbe dalle attribuzioni dell' autorità amministrativa o, rispettivamente, del giudice [1]. Quello, insomma, che in Francia appare, almeno teoricamente, la regola, cioè il rinvio della pregiudiziale all' autorità competente, diventa qui eccezione; e viceversa. E così riesce facile spiegare come mai, in mancanza di contrarie speciali disposizioni di legge, di cui si hanno però alcuni esempi [2], la competenza dell' autorità giudiziaria ad applicare ed interpre-

---

[1] Il concetto della separazione dell'incidente di diritto pubblico dalla questione principale di diritto privato è quasi completamente estraneo alla legislazione germanica: confr. SARWEY, *Oeff. R. u. Verwaltungsrechtspflege*, pag. 187 e segg.; WACH, *op. cit.*, pag. 87; O. MAYER, *D. Verwaltungsrecht*, I, pag. 217 e segg.

[2] L'esempio più notevole, almeno per quanto si riferisce al caso nostro, rimane sempre l'ordinanza prussiana del 25 gennaio 1823, con cui si riserbava al ministro degli esteri la decisione intorno all'applicabilità, la validità o il senso di un trattato internazionale, rispetto al quale sorgesse controversia fra le parti in un processo civile. Ma la disposizione incontrò nella dottrina vivissime critiche (confr. TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 443, nota 4); ed è notevole che lo SCHULZE, *Preussisches Staatsrecht*, 2ª ed., vol. II, Leipzig 1890, pag 137, la chiama addirittura « *ein beklagenswerther Abfall von der deutschen Rechtsanschauung* ». Altri casi in cui la legislazione germanica ed austriaca eccezionalmente restringono la libertà del giudice nell'interpretare ed applicare il diritto internazionale sono indicati nella mia *Responsabilità dello stato*, pag. 4. Vedi anche LOENING, *Die Gerichtsbarkeit über fremde Staaten und Souveräne*, citato, pag. 27 e seg.

tare i trattati, e in genere gli atti internazionali, sia ammessa universalmente e senza difficoltà, movendo appunto dal principio che la competenza a conoscere della questione principale implica altresì la competenza a risolvere le questioni pregiudiziali o incidentali d'altra natura, che vi sono comprese ([1]).

Quello che nelle legislazioni germaniche appare il risultato di un ben costrutto sistema di principî sui rapporti fra la giurisdizione e l'amministrazione, è invece nel diritto inglese una conseguenza, tanto semplice, quanto inevitabile, della mancanza di questo sistema. È noto che amministrazione e giustizia sono ben lungi dal presentarsi in Inghilterra così nettamente distinte, come si è voluto che fossero nel continente europeo. Sia che si guardi alla natura dei provvedimenti e al modo onde vengono presi nell'uno e nell'altro campo, sia che si guardi agli organi delle funzioni giurisdizionali ed amministrative, il tratto caratteristico del sistema inglese è piuttosto, come già notava lo Gneist ([2]), il collegamento, l'intreccio di vari e diversi mezzi giudiziari, amministrativi e politici, che, nel loro insieme, provvedono alla tutela dei privati e dei pubblici interessi. E come nel campo dell'amministrazione propriamente detta non mancano esempi di procedimenti contenziosi, così è tutt'altro che ignoto alla funzione giurisdizionale il provvedimento d'autorità, che risolve una questione di diritto ([3]); ed in

---

([1]) Confr.: SARWEY, *Oeff. R. u. Verwaltungsrechtspflege*, pag. 652; WACH, *op. cit.*, pag. 87; v. HOLTZENDORFF, *Einleitung*, pag. 25, 55; TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 443, e gli altri ivi citati, specialm. OPPENHOFF, *Preussische Gesetze über Ressortverhältnisse*, Berlin 1863, pag. 30, e HAUSER, *Deutsche Gerichtsverfassung*, Nördlingen 1879, pag. 73.

([2]) GNEIST, *Das Englische Verwaltungsrecht*, Berlin 1883-84, vol. I, pag. 320 e segg. Confr.: SARWEY, *Oeff. R. u. Verwaltungsrechtspflege*, pag. 186; *Allg. Verwaltungsrecht*, pag. 170 e segg.; GOODNOW, *op. cit.*, vol. I, pag. 34 e segg., vol. II, pag. 144 e segg.; e l'interessantissimo cap. XII della *Introduction à l'étude du droit constitutionnel* di A. V. DICEY, Paris 1902.

([3]) GNEIST, *Engl. Verwaltungsrecht*, vol. I, pag. 373 e segg.; SARWEY, *Allg. Verwaltungsrecht*, pag. 46 e seg.; VACCHELLI, *op. cit.*, pag. 309.

molti casi lo stesso funzionario è contemporaneamente rivestito di attribuzioni giurisdizionali ed amministrative ([1]). Su queste basi, e dato il concetto saldissimo del diritto individuale che è proprio della legislazione inglese, riesce facile comprendere come la magistratura sia investita di larghissime attribuzioni per sindacare la legalità degli atti di quasi tutte le amministrazioni, tanto da arrivare fino a quel *writ of mandamus*, con cui l'alta corte di giustizia può imporre alle autorità amministrative certi determinati provvedimenti ([2]). La questione della competenza dei tribunali rispetto ai trattati, o in genere agli atti compiuti dal potere amministrativo nel campo dei rapporti internazionali, doveva di necessità presentarsi nel diritto inglese sotto un aspetto tutto diverso. Si può dire, anzi, che la questione non sia stata neppur sollevata, contentandosi le corti e gli scrittori di desumere il diritto ed il dovere dell'autorità giudiziaria di applicare i trattati dal generale principio « *international law is the law of the land* » ([3]), senza fermarsi a discutere quanta libertà resti concretamente al giudice in questo proposito, perchè realmente i dubbi e le

---

([1]) Sarwey, *Oeff. R. u. Verwaltungsrechtspflege*, pag. 181; *Allg. Verwaltungsrecht*, pag. 47, 154 e seg.; Vacchelli, *op.* e *loc. cit.*; e per maggiori particolari Franqueville, *Le système judiciaire de la Grande Bretagne*, Paris 1893.

([2]) Intorno a questo ed altri modi caratteristici in cui si esercita il sindacato giurisdizionale sugli atti della pubblica amministrazione in Inghilterra, vedi Gneist, *Engl. Verwaltungsrecht*, vol. I, pag. 407; Sarwey, *Oeff. R. u. Verwaltungsrechtspflege*, pag. 183 e segg.; Goodnow, *op. cit.*, vol. II, pag 200 e segg.; Vacchelli, *op. cit.*, pag. 316.

([3]) Infatti gli scrittori inglesi ed americani non discutono la questione, ma si limitano ad affermare il principio, o aggiungono l'indicazione delle molteplici applicazioni che ha ricevuto: vedansi ad es.: Phillimore, *op. cit.*, vol. I, pag. 78, vol. II, pag. 130 e segg.; T. Twiss, *The law of nations*, London 1861, vol. I, pag. 356 e segg.; Woolsey, *op. cit.*, § 29; Wharton, *Digest*, vol. II, § 138, *Commentaries*, pag. 194; Kent, *op. cit.*, pag. 284; Story, *Commentaries on the constitution of the United States*, 5ª ed., Boston 1891, vol. II, pag. 604 e segg., ecc.

difficoltà che il problema solleva nelle legislazioni del continente europeo non hanno ragion d'essere nè significato nel diritto inglese, il quale consente al magistrato, tanto d'istituire un larghissimo esame sulla legalità e sul valore di un atto qualsiasi dell'amministrazione, quanto di arrestarsi di fronte ad una questione, che crede possa esser meglio risolta dai funzionari dell'ordine amministrativo, dichiarando che ne domanderà e ne accetterà irrevocabilmente il giudizio (1). E quello che ho detto dell'Inghilterra vale anche per gli Stati Uniti d'America, dove, peraltro, la competenza dell'autorità giudiziaria federale rispetto ai trattati è espressamente sancita dalla costituzione (2). Certo, nè in Inghilterra, nè negli Stati Uniti si distingue la competenza rispetto al trattato come atto giuridico internazionale, dalla competenza rispetto alle norme interne corrispondenti: in realtà, il diritto inglese ed americano è quello che più confonde il trattato con le norme giuridiche interne che ne derivano (3); e lo stesso principio « *international law is the law of the land* » assunto dalle corti come fondamento dell'applicazione giudiziaria dei trattati, implica e conferma la confusione di cui parliamo. Ma come questa confusione non ha impedito che il problema sorgesse in altri paesi, dove il concreto ordinamento dei rapporti fra la giustizia e l'amministrazione faceva sì che s'incontrassero, su questo punto, le competenze di organi distinti dello stato, così il non essere il problema nemmeno discusso, da questo punto di vista, nell'Inghilterra e negli Stati Uniti si collega senza dubbio all'atteggiamento profondamente diverso, che quei rapporti vi eran venuti assumendo.

---

(1) Vedi la sentenza dell'alta corte di giustizia citata sopra nella nota 1 a pag. 250.

(2) Art. 3, sect. 2. Confr. Story, *Commentaries on the constitution*, vol. II, pag. 450.

(3) Intorno alla complessa questione dei rapporti fra il trattato e la legge nel diritto anglo-americano, vedi specialmente E. Meier, *Abschluss der Staatsverträge*, pag. 103 e segg., e Triepel, *op. cit.*, pag. 144 e segg.

Non è difficile vedere come, anche in Italia, la questione della competenza dei tribunali ad applicare e interpretare i trattati dimostri, nel suo svolgimento, l'influenza dei concetti che hanno prevalso intorno alla determinazione dei rapporti fra l'autorità giudiziaria e l'amministrazione. E dico « dei concetti che hanno prevalso », invece di dire « dei principî stabiliti dalla legge », perchè, in verità, se vi è argomento dove le teoriche che hanno guidato ed informato il concreto atteggiamento della giurisprudenza meno rispondano ai concetti fondamentali della legge, questo è per fermo il nostro Basti accennare alla nota distinzione, mutuata dalla dottrina francese, fra atti di gestione e atti d'impero, con la conseguente gravissima limitazione della competenza giudiziaria rispetto ad una vasta e purtroppo indeterminabile categoria di casi, in cui l'operato del governo o dell'amministrazione può ledere il diritto del cittadino, senza che da questo si possa utilmente eccitare la difesa giurisdizionale: ora a questa distinzione e limitazione invano si cercherebbe un appoggio qualsiasi nelle disposizioni di legge, che determinano la misura e l'estensione della competenza del giudice rispetto agli atti amministrativi [1]. Posto un criterio così vago e così poco fondato a base del sistema dei limiti della competenza giudiziaria ed amministrativa nel nostro diritto, si può ben comprendere che anche la questione di cui ci occupiamo ha dovuto risentirne l'influenza. Mentre numerose sentenze avevano interpretato ed applicato i trattati, in vari casi in cui se ne presentava per incidente il bisogno, in rapporto con la tutela giurisdizionale di un diritto dell'individuo, senza sollevare la questione di competenza, nè accennare a distinzioni fra trattato e trattato [2],

---

[1] Per la critica di questa teoria, specialmente in ordine alla lettera ed allo spirito della legge nostra, vedi Vacchelli, *op. cit.*, pag. 436 e segg.; Mortara, *op. cit.*, vol. I, pag. 149 e segg.; Forti, *La responsabilità « in omittendo » della pubblica amministrazione*, Torino 1903, pag. 16 e segg. dell'estratto.

[2] Fra le molte sentenze che si potrebbero citare, ne ricordo soltanto alcune, nelle quali è più evidente che l'indagine dell'autorità

altre volte, proposta in termini espliciti la questione, i tribunali nostri hanno affermato l'incompetenza dell'autorità giudiziaria a conoscere delle convenzioni internazionali, con termini che poco o punto corrispondono alle facoltà accordate dalla legge all'autorità giudiziaria nell'applicare gli atti di qualsiasi genere delle diverse autorità costituite (1). E corrispondentemente alla distinzione fra gli atti d'impero e di gestione, si distinse, anche da noi, fra trattati di carattere politico e trattati relativi ad interessi privati, ammettendo che di questi soltanto possa conoscere l'autorità giudiziaria, mentre i primi sarebbero sottratti assolutamente e sempre all'apprezzamento dei tribunali ordinari (2). In alcuni casi i nostri giudicati hanno

---

giudiziaria ha dovuto rivolgersi a determinare il senso e l'effetto del trattato come atto giuridico internazionale: cass. Torino 8 gennaio 1876, *Fòro*, 1876, I, 220; stessa corte 22 giugno 1877, *Giur. it.*, 1877, 996; app. Venezia 2 agosto 1877, *Temi ven.*, 1877, 392; app. Milano 10 novembre 1877, *Giur. it.*, 1878, 118; cass. Firenze 21 luglio 1878, *Fòro*, 1878, I, 715; cass. Torino 6 febbraio 1880, *Giur. it.*, 1880, 760; app. Lucca 8 marzo 1880, *Annali*, 1880, 296; app. Ancona 21 marzo 1880, *Mon. trib.*, 1880, 971; app. Genova 21 maggio 1880, *Fòro*, *Rep.* 1880, v. *Console*, n. 4-5; cass. Torino 7 settembre 1880, *Giur. it*, 1880, 1314; app. Milano 9 novembre 1880, *ibid.*, 1880, 514; cass. Torino 28 dicembre 1880, *Fòro*, 1881, I, 283; stessa corte 19 febbraio 1881, *Fòro*, 1881, I, 553; cass. Napoli 20 febbraio 1881, *Gazzetta del procuratore*, vol. XVI, pag. 215; app. Lucca 31 maggio 1881, *Fòro*, 1881, I, 662; app. Venezia 24 aprile 1894, *Giur. it.*, 1894, 524

(1) Vedansi ad es.: cass. Roma 12 giugno 1885, *Legge*, 1885, II, 365; tribunale supremo di guerra e marina 18 maggio 1891, *Legge*, 1891, I, 813; cass. Roma 13 dicembre 1900, *Fòro*, 1901, I, 403: queste sentenze partono dal concetto che il trattato internazionale, come atto d'impero, sia sottratto, per natura sua, ad ogni sindacato dell'autorità giudiziaria.

(2) Cass. Roma 29 maggio 1884, *Legge*, 1884, II, 584; stessa corte 28 febbraio 1899, *Fòro*, 1899, I, 259; app. Venezia 13 giugno 1899, *Fòro*, 1899, *Rep.*, v. *Competenza civile*, n. 13. Nello stesso senso esplicitamente VITALE, nella *Corte Suprema*, vol. XXIV, I, pag. 38: combattono invece la distinzione; SAREDO, nella *Legge*, 1899, I, 391 e segg., e VACCHELLI, nella *Giur. it.*, 1899, I, 1, 332 e segg.; questo

fatto ricorso al principio dell'incompetenza per giungere a conclusioni perfettamente giustificabili, nel caso singolo, da altri punti di vista, e precisamente per la mancanza di un diritto subiettivo capace di essere tutelato giudiziariamente [1]; mentre

---

secondo fondandosi giustamente sulle disposizioni della legge italiana relative ai rapporti fra la giustizia e l'amministrazione.

[1] Così nel noto caso Cerruti, cui si riferisce la sentenza più volte citata della cassazione di Roma 28 febbraio 1899, si poteva con ogni esattezza affermare l'inammissibilità di merito dell'istanza, e giungere in tal modo alla stessa conclusione: confr. Vacchelli, nella nota citata precedentemente, col. 337 e seg., Fedozzi, nella *Rivista di diritto internazionale*, vol. III, pag. 227 e seg., e la mia *Responsabilità dello stato*, nota 3 a pag. 7 e segg. Del pari, la sentenza della cassazione di Roma 13 dicembre 1900 nell'affare Durazzo-Adorno (*Fòro*, 1901, I, 403) afferma l'incompetenza dell'autorità giudiziaria ad interpretare i trattati con termini molto generali ed impropri, mentre bastava esaminare la natura ed il fondamento della domanda per vedere che vi era, nel caso, vera e propria carenza di azione. E questo punto di vista era stato assai bene rilevato ed applicato, in detta causa, dal tribunale civile di Roma nella sentenza 2 giugno 1899 (*Temi romana*, 1900, 90): esaminando la lettera e lo spirito della convenzione internazionale 19 novembre 1896, con la quale il governo brasiliano accordò al governo italiano una somma da ripartirsi fra gl'italiani danneggiati nei moti del Brasile del 1893, ritenne doversi considerare rimesso al pieno arbitrio del governo di procedere alla detta ripartizione, senza alcuna sua responsabilità, nè verso il Brasile, nè verso i danneggiati stessi; e ne desumette quindi che il danneggiato, al quale venne rimessa la sua quota nel riparto formato dalla commissione governativa, manca d'azione per poter chiedere conto al governo del modo col quale si è proceduto al riparto e per liquidare giudizialmente la quota a lui spettante; risolvendosi tale mancanza d'azione nell'incompetenza dell'autorità giudiziaria. In sostanza, mentre la cassazione parte dal concetto che le convenzioni internazionali hanno sempre carattere eminentemente politico, anche se riguardano interessi privati, per desumerne che il loro apprezzamento sfugge, in ogni caso, alla competenza dell'autorità giudiziaria, il tribunale invece interpreta correttamente il trattato italo-brasiliano, giungendo alla conclusione giusta che da esso non potè nascere un diritto del privato verso il governo, suscettivo di esser fatto valere nelle vie giudiziarie.

altre volte un concetto, in sè stesso giusto, della competenza dell'autorità giudiziaria è stato condotto a conseguenze inaccettabili, per non avere esattamente determinato la ragione ed il modo di questa competenza, in rapporto con la natura giuridica del trattato e con altri principî di diritto internazionale ([1]).

([1]) Due casi pratici, diversamente risoluti dai tribunali italiani, dimostrano la verità di quanto ho accennato nel testo. Avanzata da un privato una domanda d'indennità per danni recati ad un fondo, diretta in via principale contro il governo italiano, in via subordinata contro l'austriaco, in ordine alle disposizioni del trattato di pace fra l'Austria e l'Italia del 3 ottobre 1866, ed eccepita dal governo austriaco l'incompetenza dei tribunali italiani in suo confronto, fu dalla giurisdizione di primo grado dichiarata l'incompetenza rispetto al governo austriaco e ritenuto obbligato al pagamento il governo italiano: invece la corte d'appello affermò la competenza anche rispetto all'Austria e ritenne che a questa facesse carico il debito in questione. La cassazione di Firenze, con sentenza 17 maggio 1880 *(Giur. it.*, 1880, 1167), ritenne pure che l'obbligo fosse rimasto nel governo austriaco, ma cassò la sentenza d'appello per avere ammesso la competenza e condannato il governo austriaco, mentre, essa dice, i trattati internazionali, in quanto determinano diritti e doveri degli stati fra loro, non possono essere interpretati che nelle vie diplomatiche. È manifesta, in questo caso, la confusione fra il problema della competenza dei tribunali di uno stato in confronto ad uno stato estero e la facoltà d'interpretare i trattati; ed è curioso che mentre la sentenza dice che le convenzioni, come tali, non possono essere interpretate dall'autorità giudiziaria, nel fatto poi interpreta il trattato di pace del 3 ottobre 1866 per assolvere il governo italiano dall'obbligo di pagare la chiesta indennità! Posta la questione nei termini da me indicati, ossia considerata l'interpretazione del trattato, qual era veramente, un punto incidentale nella soluzione della controversia principale, è chiaro che non si doveva muovere dalla negazione della competenza dell'autorità giudiziaria ad interpretare il trattato, la qual cosa nel nostro diritto implicherebbe logicamente impossibilità di render giustizia, ma sibbene distinguere la questione della competenza dei tribunali italiani in confronto allo stato estero dalla facoltà d'interpretare il trattato in relazione all'oggetto della controversia; e, ritenuto che la giurisdizione sussistesse in confronto al solo governo italiano, esa-

Ma, dal punto di vista di una corretta applicazione della legge nostra, sembra che la questione si debba porre e risolvere esattamente nei termini seguenti. Anzitutto, l'autorità giudiziaria potrà conoscere dei trattati internazionali soltanto se questi vengono incidentalmente ad interessare un diritto, la cui tutela rientra nelle di lei attribuzioni. Perciò non bisogna confondere la questione della competenza dell'autorità giudiziaria rispetto ai trattati, con quella dell'ammissibilità di merito dell'istanza: la prima questione sorge soltanto nell'ipotesi che la seconda sia già affermativamente risoluta. E poichè dagli atti giuridici internazionali non può mai direttamente derivare un diritto suscettivo di essere tutelato nelle vie giudiziarie, così accade talora che viene eccitato l'ufficio del giudice in certi casi, in cui la materia della funzione giurisdizionale fa difetto. È chiaro che allora il giudice deve

minare, in base al trattato, se il debito potesse dirsi trasferito in questo, rinviando, in caso negativo, gl'interessati a provvedersi dinanzi ai tribunali austriaci, una volta che la cassazione riteneva, e secondo me giustamente, che per questioni siffatte un governo non possa essere convenuto altro che davanti a' suoi tribunali: l'incompetenza, insomma, derivava esclusivamente dalla qualità del soggetto contro cui la domanda era rivolta, e non già dal bisogno d'interpretare un trattato per accoglierla o respingerla.

Invece, in un altro caso simile, i tribunali italiani, ritenuta giustamente la competenza dell'autorità giudiziaria ad interpretare lo stesso trattato per determinare il trasferimento nel governo italiano di un debito verso un privato, precedentemente assunto dal governo austriaco, hanno ritenuto di poter giudicare della pretesa avanzata dal privato anche in confronto al governo austriaco, giungendo cosi allo strano risultato d'interpretare una clausola del trattato di pace in confronto ad ambedue gli stati contraenti. Ma il risultato, in sè stesso inammissibile, deriva dall'affermazione di competenza in confronto allo stato estero, e non punto dal fatto d'interpretare il trattato per il rapporto in cui si trovava con la questione principale sottoposta al giudizio dei tribunali. (Vedi le sentenze della cass. di Roma 12 ottobre 1893, *Giur. it.*, 1894, 145, e della corte di Venezia 6 agosto 1895, *Giur. it.*, 1896, 98, e le mie note ivi).

respingere la domanda, non già ritenendosi incompetente a conoscere degli atti internazionali a cui si collega l'istanza, ma bensì dichiarando questa inammissibile, posto che nessuna norma giuridica interna le serve di fondamento. Questa distinzione fra la competenza ad applicare i trattati e l'ammissibilità di merito della domanda giudiziale è sfuggita ai nostri tribunali, i quali, come si è detto, hanno affermato l'incompetenza in certi casi, in cui si sarebbe dovuto piuttosto parlare di vera e propria carenza di azione.

Posto che vi sia la materia per la funzione giurisdizionale, e che all'esercizio di questa funzione sia necessaria, per le ragioni e nei modi già esposti, la valutazione ed applicazione di un trattato, l'autorità giudiziaria è competente a conoscerne per quanto concerne il particolare diritto subiettivo, in difesa del quale l'azione è stata promossa; e solamente nei limiti di questa difesa. L'autorità giudiziaria non va certo riguardata come un sindacato giuridico generale della validità e legalità degli atti compiuti dal potere amministrativo, nè quindi, e *a fortiori*, degli atti internazionali: ne conosce se ed in quanto è richiesto dalla funzione che deve compiere, e sempre coi limiti che la legge stessa assegna all'effetto della sentenza in confronto all'atto amministrativo. Ma son questi i soli limiti che l'autorità giudiziaria incontra, presso di noi, nell'applicazione incidentale dei trattati internazionali, perchè sono i soli che hanno un fondamento nella legge. Non vi è, invece, nessuna vera ragione di distinguere secondo la natura ed il contenuto del trattato da applicare; non soltanto perchè ogni distinzione di tal genere è in sè stessa e si dimostra nei fatti infondata ed erronea, ma anche e principalmente perchè la legislazione italiana non collega la competenza dell'autorità giudiziaria alla natura dell'atto amministrativo, ma soltanto alla circostanza che vi sia un diritto subiettivo da difendere [1]. Sicchè

---

[1] Una sentenza, nella quale, salvo alcune inesattezze di forma, la questione della competenza dell'autorità giudiziaria rispetto alle convenzioni internazionali è posta e risoluta nei termini indicati nel testo,

ogni distinzione di questo genere, come ogni limitazione nella libertà d'apprezzamento del giudice, qualunque valore e fondamento possano avere in altri sistemi legislativi, si dimostrano di fronte al nostro del tutto ingiustificate ed arbitrarie. Che questi principî, desunti dalle disposizioni della legge 20 marzo 1865 allegato E, si trovano in armonia coi concetti che esposi intorno al modo onde si determina la possibilità ed il bisogno dell'applicazione dei trattati da parte degli organi giudiziari interni, non fa certamente bisogno di mostrare. Piuttosto gioverà, richiamando ancora un principio esposto, osservare, che la libertà lasciata ai giudici dalla legge nostra nell'apprezzare e valutare gli atti della pubblica amministrazione incontra un limite nel cosiddetto merito amministrativo o discrezionalità dell'atto, che assume una particolare importanza rispetto agli atti internazionali, la cui conformità a norme obiettive si riferisce soltanto, per la funzione giurisdizionale interna, alle norme di diritto interno, mentre la corrispondenza dell'atto alle norme internazionali si confonde, per il giudice, col campo della valutazione discrezionale, determinando così una decisa prevalenza dell'autorità amministrativa, per intensità ed estensione di competenze, in confronto all'autorità giudiziaria. E questo concetto, che vale benissimo a spiegare certe limitazioni della funzione giurisdizionale ammesse dalla giurisprudenza, senza ricorrere a distinzioni arbitrarie o inesatte, è esso medesimo, almeno nei riguardi del problema che ci occupa in questo momento, assai più un criterio generale di diritto interno applicato ad un particolare problema, che un'esigenza del diritto internazionale, come da qualcuno si è creduto e si è detto.

---

che a me paiono i soli rispondenti ai principî razionali del diritto ed alle disposizioni della legge nostra, è quella della cassazione di Roma 27 luglio 1901 (*Fòro*, 1901, I, 1471): essa afferma, in generale, la competenza dei tribunali ad interpretare ed applicare i trattati in occasione delle controversie devolute al loro giudizio, riferendosi alla legge italiana, che consente all'autorità giudiziaria di conoscere degli atti amministrativi quando vengano a conflitto coi diritti subiettivi dei privati.

Ma se la questione dei rapporti tra la funzione giurisdizionale e l'amministrativa, nel campo al quale si riferiscono le nostre indagini, risolvendosi in un problema di organizzazione interna dei poteri statuali, rimane, per tal motivo, sostanzialmente sottratta al diritto internazionale, non si deve credere che questo non faccia valere anche qui le proprie esigenze; bensì le fa valere in modo corrispondente alla sua speciale funzione ed alla natura dei subietti a cui si rivolgono le sue norme. Per il diritto internazionale è necessario e sufficiente che i doveri che impone sieno adempiuti: il modo onde lo stato si mette in grado di adempierli, essendo indissolubilmente connesso con l'interno ordinamento dello stato medesimo, sfugge alle disposizioni del diritto internazionale, ed è invece interamente coperto dall'eventuale responsabilità dei soggetti, che profittano di questa libertà (1). Pochi principî sono così concordemente riconosciuti come quello che la mancanza o il difetto di leggi interne non dispensa lo stato dall'adempimento de' suoi doveri internazionali, nè, quindi, lo esonera dalla responsabilità incorsa per non averli adempiuti (2). Rettamente inteso, nel modo che è suggerito dalla

(1) Confr. Anzilotti, *Responsabilità dello stato*, pag. 151 e seg., 159 e seg.

(2) Confr. Creasy, *op. cit.*, pag. 326 e segg.: Phillimore, *op. cit.*, vol. III, pag. 243; Hall, *op. cit*, pag. 230; Bluntschli, *Droit intern. cod.*, art. 467; v. Holtzendorff, *Grundrechte und Grundpflichten der Staaten*, nel vol. II del *Handbuch d. Völkerrechts*, pag. 73; Geffcken, *Die Neutralität*, nel vol. IV del *Handb. d. Völkerr.*, pag. 681, *Die Alabamafrage*, Stuttgart 1872, pag. 24; Gareis, *Institutionen*, pag. 215 e seg.; Ullmann, *op. cit.*, pag. 178; Triepel, *op. cit.*, pag. 303; Kaufmann, *op. cit.*, pag. 48 e seg.; v. Liszt, *op. cit.*, pag. 55, 180; Pradier Fodéré, *op. cit.*, vol. I, pag. 336; Despagnet, *Cours de dr. intern. pub.*, pag. 511; Rivier, *Principes*, vol. II, pag. 383; Fiore, *Dir. int. pubblico*, vol. I, pag. 428; Diena, *Se e in quale misura* ecc., pag. 16; Pillet, *Recherches sur les droits fondamentaux des États*, nella *Rev. gén. de dr. intern. pub.*, 1898, pag. 86; v. Bar, *De la responsabilité des États à raison des dommages soufferts par des étrangers*, ecc., nella *Revue de dr. intern.*, serie 2ª, vol. I, 1899, pag. 480; Stoerk,

concezione positiva del diritto internazionale [1], ed allargato fino a comprendere, non le leggi soltanto, ma tutta l'organizzazione interiore dello stato, il principio è senza dubbio uno dei più sani e fecondi di tutto il diritto internazionale, il solo che permetta di conciliare, sopra una base concreta, l'autonomia degli stati coi limiti sempre crescenti che vi apportano le norme giuridiche internazionali. E ciò vale anche nel caso nostro: l'ordinamento delle funzioni amministrative e giurisdizionali dello stato, e la ripartizione delle competenze fra i vari organi, è cosa che spetta interamente ed esclusivamente al diritto interno; ma l'adempimento dei doveri internazionali dello stato, e in questo caso meglio si dirà, in genere, il rispetto del diritto internazionale, dev'essere in ogni modo mantenuto, e lo stato, che ne risponde di fronte agli altri stati, non potrà mai esonerarsi dalla responsabilità, adducendo come spiegazione della mancata osservanza del diritto internazionale la maniera onde in esso si ordinano e si reparti-

---

Das Ausfuhrverbot und die partielle Suspension völkerrechtlicher Verträge, nel vol. IX dell'*Archiv für öffentliches Recht*, pag. 41; LOENING, *Die Gerichtsbarkeit*, pag. 80, ecc. ecc. Per le applicazioni pratiche di questo principio vedi, oltre gli scritti testè citati, WHARTON, *Digest*, vol. I, § 9, i documenti diplomatici e parlamentari indicati da TRIEPEL, *loc. cit.*, nota 2, e l'art. 58 dell'atto di Vienna 15 maggio 1820, in MARTENS, *Nouveau Recueil*, vol. V, pag. 466.

[1] Ossia riferito ai *doveri giuridici veri e propri*, vale a dire a quelli risultanti dalle norme obbligatorie poste dalla volontà collettiva degli stati, e a questi soltanto; mentre troppo spesso accade nella scienza nostra di scambiare per diritto ciò che dovrebbe esser tale nel concetto dello scrittore (così giustamente LOENING, *Die Gerichtsbarkeit*, pag. 74). E di qui il concetto, sostenuto da taluno, di un diritto interno capace di limitare le obbligazioni internazionali degli stati (DIENA, *Se ed in quale misura il diritto interno possa portare limitazioni*, ecc.: contra, la mia *Responsabilità dello stato*, pag. 36 e nota 1 ivi). In realtà, però, queste obbligazioni sono anzi assolutamente indipendenti dal diritto interno, e la libertà che lasciano allo stato circa le condizioni ed il modo del loro adempimento è una libertà voluta dallo stesso diritto internazionale.

scono le funzioni e le competenze fra i vari rami ed organi dell'attività statuale. Questo, ma questo soltanto, è il principio di diritto internazionale, che possiamo formulare, nel caso nostro, sopra una base veramente positiva. E ne consegue, che i due opposti sistemi, che ci presentano la Francia da un lato, i paesi anglo-sassoni e tedeschi dall'altro, riguardo ai poteri del giudice nell'interpretazione ed applicazione dei trattati, hanno, internazionalmente, lo stesso valore, perchè sono egualmente indifferenti, irrilevanti, di fronte al diritto internazionale: o per dir meglio, il loro valore, dal nostro punto di vista e prescindendo dagli altri molteplici elementi che concorrono a determinarlo, non dipende da un rapporto in cui si trovino col diritto internazionale, ma dall'attitudine che presentano ad assicurar meglio allo stato il soddisfacimento dei suoi doveri internazionali (1).

Posto che i tribunali interni, entro i limiti vari e variabili risultanti dalla legislazione e dall'ordinamento interiore dei singoli stati, debbono interpretare ed applicare il diritto internazionale, sorge un'altra questione: è obbligato il giudice a conoscere il diritto internazionale? vale, rispetto a questo, la nota massima *iura novit curia?*

Anche qui, trattandosi del modo col quale il giudice procede a compiere la sua funzione, e propriamente dei poteri che gli sono accordati e dei doveri che gli sono imposti per compierla, la questione riguarda direttamente il diritto interno; ma si collega indirettamente al diritto internazionale, e ne desume criteri importanti per la sua soluzione. Giova, anzitutto, mettere meglio in chiaro questi rapporti del problema col diritto interno e col diritto internazionale, nelle diverse ipotesi in cui si può presentare al giudice la necessità di risolverlo.

---

(1) Il proposito di agevolare allo stato l'adempimento de' suoi doveri internazionali, e di evitare eventuali responsabilità, ha avuto infatti, come ognuno può vedere, una parte preponderante nelle discussioni sollevate dall'applicazione giudiziaria dei trattati internazionali: quanto alla sua influenza sulla legislazione vedi TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 351 e segg.

a) Non è certamente da mettere in dubbio la facoltà dello stato di regolare questo punto con speciali disposizioni di legge: dato che esistessero, per es. che la legge ordinasse al giudice di chiedere ed accettare, senza ulteriore indagine, l'enunciazione del principio di diritto internazionale ad altri organi dello stato, o di attenderne dalle parti la dimostrazione, queste disposizioni avrebbero un carattere rigorosamente obbligatorio per il giudice, e dal punto di vista internazionale sarebbero leggi irrilevanti, perchè non esiste alcuna norma giuridica che limiti, su tale proposito, la libertà dei singoli stati. Le violazioni del diritto internazionale, che potessero eventualmente derivare dalla misura della libertà lasciata al giudice, sarebbero, come sempre, coperte dalla responsabilità dello stato. L'ipotesi, per altro, è puramente teorica, perchè nessuna legge contempla in modo speciale l'obbligo del giudice di conoscere o no il diritto internazionale; anzi, credo che si possa asserire senza tema di errore, ed è, come vedremo, osservazione assai importante per il seguito della nostra indagine, che la questione non si è neppure presentata chiaramente alla coscienza dei giureconsulti e dei legislatori.

b) Può darsi, in secondo luogo, che esistano disposizioni legislative riguardanti in generale l'obbligo del giudice di conoscere il diritto, e le conseguenze ed i limiti di quest'obbligo, senza però riferirsi in modo particolare alla conoscenza del diritto internazionale. Dovendosi ritenere, come ora dicevo, che il legislatore non abbia veramente visto la questione che si discute, nè abbia, per conseguenza, voluto risolverla, è necessario procedere con molta cautela nel determinare se e fino a qual punto tali disposizioni sieno applicabili anche nel caso di cui parliamo. Così dicasi, ad esempio, del § 293 del codice di procedura civile germanico [1]: se lo Zitelmann ha creduto

---

[1] D. C. P. O. § 293: « *Das in einem andern Staate geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind. Bei Ermittelung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnissquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Be-*

di poter affermare genericamente che, in forza di questa disposizione, il giudice tedesco ha l'obbligo di conoscere il diritto internazionale [1], il Triepel, spingendo più oltre l'analisi, è arrivato a distinzioni molto gravi ed importanti, il cui valore, che io non posso nè voglio qui discutere, dipende in gran parte dal modo onde si risolve la questione pregiudiziale che ora accennavo [2]. La quale a me pare che, in generale parlando, debbasi risolvere coi criteri seguenti: i principî stabiliti dalla legge intorno all'obbligo del giudice di conoscere il diritto, ed ai limiti di quest'obbligo, valgono anche per il caso nostro, solo in quanto esprimono la volontà del legislatore rispetto a casi analoghi; ma poichè, di fatto, la questione non è stata vista nè contemplata nelle disposizioni di cui parliamo, così i criteri ivi stabiliti vanno completati e contemperati con quelli che si possono desumere dall'indole propria del problema, e quindi, soprattutto, dalla natura del rapporto che passa fra il giudice e le norme giuridiche internazionali, per determinare la sussistenza ed i confini di quel rapporto di analogia, che è il presupposto dell'applicabilità delle disposizioni di cui parliamo. Soltanto questa correlazione può permettere di determinare con sicurezza fin dove i principî generali sono applicabili al caso nostro, o, per dir meglio, fino a qual punto la questione particolare nostra rientra nei criteri generali stabiliti dalla legge: le osservazioni che verrò facendo fra poco varranno, credo, meglio di ogni astratto ragionamento, a dimostrare il rapporto che passa fra i criteri desunti dall'esame

---

nutzung das Erforderliche anzuordnen ». Su questa disposizione, che è quella del § 265 della redazione precedente, in rapporto col dovere del giudice di conoscere il diritto applicabile alla controversia, vedi specialm. F. Stein, *Das private Wissen des Richters*, Leipzig 1893, pag. 175 e segg. La disposizione della legge germanica è stata riprodotta, con lievi modificazioni, nel § 271 della legge procedurale austriaca: confr. Meili, *Das internationale Civilprocessrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis*, I Th., Zürich 1904, pag. 142-43.

[1] Zitelmann, *Intern. Privatrecht*, vol. I, pag. 308.

[2] Triepel, *op. cit.*, pag. 444 e seg.

scientifico del problema e le distinzioni generali cui s' informa, ad esempio, il § 293 del codice di procedura civile germanico.

c) Può darsi finalmente, ed è anzi quel che accade in quasi tutti gli stati, e nel nostro in particolare, che il problema non sia in veruna guisa pregiudicato da disposizioni di legge. La mancanza di disposizioni relative all' obbligo del giudice di conoscere il diritto non vuol dire, naturalmente, che gli obblighi ed i poteri del giudice, a questo riguardo, non sieno determinati da principî giuridici, i quali, salvo la maggiore elasticità ed indeterminatezza, adempiono, rispetto al problema nostro, la funzione stessa, che, nell' ipotesi precedente, era adempiuta dalla legge: l' applicabilità dei principî generali adottati dalla dottrina e dalla giurisprudenza al caso particolare nostro deve determinarsi con l' esame del problema ne' suoi caratteri peculiari, per la stessa ragione e nello stesso modo che dicevo prima. Sostanzialmente, adunque, la seconda e la terza ipotesi non si distinguono fra loro; i termini della questione rimangono i medesimi, perchè si tratta sempre di vedere in qual modo e fino a qual punto la natura speciale delle norme giuridiche internazionali consente che si applichino alla conoscenza loro da parte del giudice interno i principî secondo cui si determina, in generale, l'obbligo del giudice di conoscere il diritto applicabile alle controversie, i limiti di quest' obbligo e la misura dei poteri di cui il giudice è investito a tale riguardo. Ma ciò non vuol dire, come ognuno intende, che il silenzio della legge non lasci allo studioso maggiore libertà nella soluzione concreta del problema; e quindi maggior bisogno e più forte ragione di valersi dei criteri che suggerisce l' esame da noi fatto precedentemente dell' applicabilità del diritto internazionale da parte degli organi giudiziari interni. Qui sta appunto il rapporto della questione che studiamo col diritto internazionale; nella necessità, cioè, di risalire, per risolverla, alla relazione che passa fra il giudice interno, organo di uno stato determinato, e le norme giuridiche internazionali. Ed è questo l' aspetto sotto cui essa merita di venire ora sottoposta a più accurata considerazione.

La giurisprudenza inglese e nord-americana risolve la questione affermativamente e nei termini più generali, tanto

in ordine al diritto risultante dai trattati, quanto in ordine al diritto consuetudinario (¹), fondandosi soprattutto sulla nota massima « *international law is a part of the law of the land* », che, fra molti significati, ora falsi ora esatti, assume anche questo, che è forse praticamente il più importante (²). Ma, senza ricorrere ad un principio, che, se non è un'espressione vaga ed impropria, include un concetto profondamente erroneo ed antipositivo (³), credo che alla stessa conclusione si possa giungere per un'altra via, la quale riconosce pienamente e rispetta la separazione fra il diritto internazionale ed interno. Ed il criterio per la retta soluzione del problema ci è fornito, anche questa volta, dal risultato a cui siamo giunti nell'esame generale della questione.

Il diritto internazionale non è di certo un diritto che valga *nello stato*, al pari del diritto interno, come mostra di ritenere la giurisprudenza inglese ed americana; è bensì un diritto che vale *per lo stato* e lo obbliga. Ora, se il giudice applica il diritto internazionale perchè ed in quanto egli è l'organo dello stato, ossia del subietto cui si rivolgono le norme di questo diritto, nei limiti della propria competenza l'organo non si distingue dallo stato, l'interpretazione ed applicazione che il giudice fa del diritto internazionale è fatta dallo stato medesimo: ammettere che il giudice possa ignorare il diritto internazionale val quanto ammettere che possa ignorarlo lo stato. Il ragionamento è breve, ma serrato e saldo, mi pare: il rigore della conclusione è pari alla certezza delle premesse. E conclusione e premesse sono fra loro sì strettamente legate, da non parere azzardato dire fin d'ora che il principio non ammette eccezioni o deroghe, le quali non abbiano

---

(¹) V. per es. GREENLEAF, *A treatise on the law of evidence*, 14 ed., Boston 1883, vol. I, pag. 7; ed altri citati da TRIEPEL, pag. 444 nota 1.

(²) Confr. KENT, *op. cit.*, pag. 19; PHILLIMORE, *op. cit.*, vol. I, pag. 76, 78; WOOLSEY, *op. cit.*, § 228; WHARTON, *Commentaries*, pag. 52 e segg., 188 e segg.

(³) Mi riferisco alla critica, più volte ricordata, del TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 134 e segg.

la loro ragione nella mancanza di qualcuno dei presupposti su cui si fonda. Ma su quest'ultimo punto, che include importantissime affermazioni, e delinea la possibilità di limitazioni e determinazioni contenute nella ragione stessa del principio, è necessaria un' indagine più particolareggiata e concreta.

L'obbligo del giudice di conoscere il diritto internazionale non può dar luogo a difficoltà di sorta, allorchè si tratta di norme giuridiche risultanti da trattati conclusi dallo stato, i quali, ufficialmente pubblicati, sono in tal modo e per questo solo motivo portati a conoscenza del giudice che li deve applicare. Su questo non è mai sorto, nè credo possa sorgere, un dubbio. Ma il consenso unanime degli scrittori e della giurisprudenza [1], nel ritenere che il giudice debba applicare d'ufficio i trattati internazionali allorchè se ne presenta il bisogno [2],

---

[1] Il principio è sancito espressamente anche in disposizioni di legge. Così, ad esempio, il § 210 del cod. di proc. civ. del cantone di Glaris (1860): « *Bei Beratung des Urteils soll der Richter:* a) *nur diejenigen Tatsachen berücksichtigen, welche von den Parteien angebracht und bewiesen worden sind,* b) *die bezüglichen Landesgesetze, die Vorschriften der Bundesverfassung, der Bundesgesetze und eidgenössischen Konkordate, sowie der Staatsverträge mit dem Auslande in Anwendung bringen, auch wenn sie von den Parteien nicht angerufen worden sind* ». (Ap. Meili, *Intern. Civilprozessrecht,* pag. 151). Ed il § 281 della legge del cantone di Berna sulla procedura civile del 1883: « *In den Fällen, wo ein Rechtsverhältniss nach den besonderen Bestimmungen bestehender Staatsverträge zu beurteilen ist,..... sind die Gerichte auch auf diese Rechtsquelle verwiesen* ». (*Ibid.* pag. 149). Indirettamente affermano il principio anche le numerose leggi, che, in materie soggette al giudizio dei tribunali, dichiarano di riserbare le disposizioni particolari dei trattati internazionali.

[2] Occorre appena notare che il principio enunciato nel testo non pregiudica nè punto nè poco la questione della competenza dell'autorità giudiziaria rispetto ai trattati, perchè riguarda soltanto i casi in cui la competenza sussiste. Ma, rispetto a questi casi, l'obbligo del giudice di applicare d'ufficio i trattati internazionali è universalmente riconosciuto: anche la giurisprudenza francese, per quanto mi è noto, non lo messe mai in dubbio, anzi l'affermò, nel tempo stesso in cui

riposa, in generale, sopra un concetto erroneo, quello, cioè, che i trattati abbiano, nello stato, carattere e valore di leggi [1]. Posto, infatti, tale principio, ne deriva fra le altre conseguenze anche questa, che il giudice si trova, di fronte ai trattati, nella stessa posizione in cui si trova di fronte a tutte le altre leggi dello stato [2]; di qui l'applicabilità pura e semplice della massima « *iura novit curia* ». Io non posso, naturalmente, accettare questo ragionamento, pur convenendo nella conclusione. Il trattato non è, nè può essere, una legge nello stato; nè, quindi, l'obbligo del giudice di conoscerlo ed applicarlo si può derivare da questo preteso carattere. Ma il trattato può essere, come vedemmo, causa dell'emanazione di norme giuridiche interne: come e perchè quest'emanazione avvenga, il più delle volte, mediante la pubblicazione del testo medesimo del trattato, l'ho già detto prima e non debbo ripeterlo adesso; ma per la nostra questione interessa di richiamare qui ed applicare una distinzione assai importante.

Quando il trattato sia occasione o causa dell'emanazione di norme giuridiche interne, e l'emanazione avvenga per mezzo della pubblicazione del trattato, il giudice può avere dinanzi a sè, nel medesimo testo, due serie di norme giuridiche, materialmente riunite e confuse, ma giuridicamente e logicamente distinte in tutto e separate:

a) Le norme di diritto interno corrispondenti al trattato, sorte per la prima volta con la pubblicazione del testo di esso, rispetto alle quali la pubblicazione è molto più di quello che la parola esprime o lascia credere, perchè è, come vedemmo, il vero e proprio atto creativo della norma giuridica.

---

restringeva ne' più angusti confini la competenza dell'autorità giudiziaria: confr. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, vol. II, pag. 51 e seg. Le due questioni sono, insomma, affatto distinte e indipendenti.

(1) V. per es. Cass. Roma, 18 novembre 1893, *Legge*, 1894, I, 1 e la nota ivi.

(2) Confr. v. BAR, *Theorie u. Praxis*, I, pag. 144 e seg.; BÖHM, *Handbuch der internationalen Nachlassbehandlung*, 2a ed., Augsburg 1895, pag. 18.

Ma per essere più esatti dobbiamo dire che, in questo caso, la pubblicazione del trattato include e riunisce due atti, che normalmente sono fra loro distinti, cioè la formazione della norma e la di lei comunicazione a coloro che devono osservarla e farla valere. La comunicazione, o pubblicazione in senso vero e proprio, è, in questo caso, un complemento essenziale del processo formativo della norma, un elemento indispensabile del suo valore obbligatorio, perchè, dovendo la volontà obiettivata in essa valere per altre volontà, distinte da quella che la pone in essere, è necessario che venga portata a loro conoscenza. Il diritto creato in tal modo non permette dubbio di sorta circa l'obbligo del giudice di conoscerlo ed applicarlo d'ufficio; e si può dire con ogni esattezza che il giudice si trova, rispetto a questo, nella stessa posizione in cui si trova di fronte a tutte le altre leggi dello stato. Ma non si dimentichi che questa è applicazione di diritto interno, non di diritto internazionale.

b) Le norme giuridiche internazionali, sorte dall'accordo degli stati mediante il perfezionamento del trattato normativo. E rispetto a queste la pubblicazione del trattato ha necessariamente un carattere ed un valore tutto diverso. Che la pubblicazione non sia il momento creativo dell'esistenza della norma, non fa bisogno dirlo; ma non è neppure un complemento indispensabile del suo processo formativo, del suo carattere obbligatorio. Infatti, la norma giuridica internazionale nasce dalla volontà dei subietti stessi a cui si rivolge: coloro che sono sottoposti all'autorità della norma sono quei medesimi che la creano, nessuno stato essendo tenuto all'osservanza di norme a cui non ha consentito, e si riuniscono così negli stessi soggetti le qualità di legislatori e di sudditi. Di qui l'inutilità della pubblicazione per le norme giuridiche internazionali, appunto perchè non hanno bisogno di esser portate a conoscenza di coloro che devono osservarle: esse sono perfette fino dal momento in cui è perfetta la volontà collettiva che le crea [1].

---

[1] Vedi anche Triepel, *op. cit.*, pag. 74 e segg., e la mia ***Responsabilità dello stato nel diritto internazionale***, pag. 71 e seg.

Le norme poste in essere per mezzo di un trattato si perfezionano pertanto con la ratifica di questo: la pubblicazione del trattato, per opera dei singoli stati, nulla aggiunge alla validità ed alla forza obbligatoria della norma, che era già prima perfetta e capace di produrre tutti gli effetti che ne conseguono; è semplicemente un atto di esecuzione o di osservanza del precetto contenuto nella norma [1].

Non per questo è men vero, però, che un trattato non reso pubblico non può essere applicato dall'autorità giudiziaria, neppure in riguardo alle norme internazionali che contiene: qual'è dunque il carattere, il significato della pubblicazione, rispetto all'applicabilità delle norme internazionali da parte dell'autorità giudiziaria? A prima vista si potrebbe esser tentati di credere che la pubblicazione non sia, a tutto rigore, necessaria per rendere applicabili dai tribunali le norme di diritto internazionale stabilite col trattato. Si potrebbe, infatti, ragionare così: le norme internazionali preesistono ed obbligano lo stato indipendentemente affatto da quell'atto interno, che costituisce la pubblicazione; e poichè l'obbligo dello stato è obbligo degli organi che lo compongono, la mancanza o il difetto di pubblicazione del trattato non è necessariamente d'ostacolo al giudice a tenerne conto, se egli abbia, in qualunque altro modo, conoscenza delle norme in esso stabilite: la pubblicazione, si potrebbe dire, facilita ed assicura la conoscenza, ma non ne è un presupposto essenziale; ogniqualvolta il giudice, in qualunque modo e per qualunque via, indipendentemente dalla pubblicazione ufficiale vera e propria, conosca l'esistenza ed il tenore delle norme giuridiche internazionali poste in essere dal trattato, e quindi già obbligatorie per lo stato, deve nelle sue decisioni tenerne conto ed applicarle. Ma questo modo di ragionare conduce in errore. Sicuramente, gli obblighi dello stato sono obblighi de' suoi organi; le norme che vincolano la condotta dello stato devono essere osservate e fatte valere dagli organi che lo compongono; verissimo, anche, che la

---

[1] Vedi sopra, pag. 116.

norma giuridica internazionale preesiste alla pubblicazione del trattato ed è perfetta ed obbligatoria senza di essa. Ma l'attività dell'organo in tanto è legittima in quanto si svolge nei limiti della competenza assegnatagli; e questi, come sappiamo, dipendono dal diritto interno: ora, poichè nel diritto interno la funzione di concorrere a dar vita a norme giuridiche internazionali mediante trattati è distinta dalla funzione di applicarle in giudizio, così il giudice eccederebbe manifestamente i limiti della propria competenza quando facesse valere delle norme, che gli organi, cui ne spettava il potere e la funzione, non portarono a sua conoscenza. L'ammissibilità, riconosciuta tanto nel diritto pubblico interno [1] quanto nel diritto internazionale [2], di trattati segreti o di clausole segrete aggiunte ad un trattato, toglie ogni dubbio in proposito. La mancata pubblicazione, in quanto sia causa di un atto contrario al diritto internazionale, perchè, appunto, il giudice non abbia tenuto conto di una norma, posta in essere dal trattato, che doveva in quel caso ricevere applicazione, determinerà una

---

[1] Riconoscono esplicitamente l'ammissibilità di trattati segreti le disposizioni delle carte costituzionali che subordinano l'obbligo del capo dello stato di dar comunicazione o notizia ai corpi legislativi dei trattati conclusi ad un giudizio di opportunità e di convenienza a lui interamente rimesso; ed implicitamente quell'altre disposizioni che vietano che gli articoli segreti di un trattato sieno in contradizione coi palesi: vedansi ad es., cost. italiana art. 5, legge costituzionale francese 16 luglio 1875 sui rapporti dei poteri pubblici art. 8, cost. portoghese 29 aprile 1826 art. 75 e atto addizionale 5 luglio 1852 art. 10, cost. olandese 11 ottobre 1848 art. 57, cost. greca 16-28 novembre 1867 art. 32 e art. 33 al 2, cost. belga art. 68, cost. lussemburghese 17 ottobre 1868 art. 37 al. 3, cost. spagnola 30 giugno 1876 art. 55, ecc. ecc.

[2] Vedansi, fra i molti: G. F. Martens, *Précis*, vol. II, § 335; Klüber, *op. cit.*, § 147; Hartmann, *op. cit.*, pag. 137; Heffter-Geffcken, *op. cit.*, pag. 198; Neumann, *op. cit.*, pag. 72; E. Meier, *Abschluss von Staatsverträgen*, pag. 329; Rivier, *Principes*, vol. II, pag. 68 e seg., 88 e seg.; Despagnet, *Dr. intern. pub.*, pag. 482; Nippold, *op. cit.*, pag. 101 e seg.; Ullmann, *op. cit.*, pag. 154, ecc.

responsabilità dello stato verso l'altro stato; e ciò pròva la forza obbligatoria della norma, prima e indipendentemente dalla pubblicazione; ma nei rapporti interni, nella distribuzione della competenza fra i vari organi dello stato, data quella distinzione fondamentale di funzioni cui si accennava prima, non è possibile prescindere dal fatto della pubblicazione, non considerarlo come un presupposto necessario dell'applicabilità delle norme da parte dell'autorità giudiziaria. La pubblicazione ha dunque, in questo caso, rispetto al giudice un duplice valore, perchè gli accerta l'esistenza delle norme e, nei limiti in cui il diritto pubblico interno ammette che l'autorità giudiziaria possa applicare i trattati internazionali, gli attribuisce il potere ed il dovere di applicarle.

Confrontando il valore dell' atto pubblicativo rispetto alle norme giuridiche internazionali stabilite dal trattato ed a quelle interne che ne conseguono, si potrebbe dire che la pubblicazione determina semplicemente la possibilità che i tribunali applichino le norme internazionali, che però sono già prima perfette ed obbligatorie per lo stato come tale, e crea invece le norme interne volute o permesse dal trattato, portandole nello stesso tempo a conoscenza di coloro che devono osservarle e farle valere. In quanto applica le norme giuridiche interne sorte con la pubblicazione del trattato, il giudice si trova, rispetto ad esse, nella medesima posizione in cui si trova rispetto a tutte le altre leggi dello stato, e l'obbligo di applicarle d'ufficio deriva veramente dal fatto che quelle norme hanno carattere e valore di leggi statuali: invece, se egli deve tener conto del trattato come tale, si trova di fronte a norme giuridiche internazionali, e le applica d'ufficio, non perchè abbiano assunto, cosa impossibile, carattere di leggi interne, ma perchè esprimono una regola obbligatoria della condotta dello stato, la cui osservanza, per virtù della pubblicazione avvenuta, rientra anche nei doveri del giudice; l'obbligo di applicarle d'ufficio deriva qui propriamente dal principio generale, che abbiamo stabilito sopra. Ciò valga a spiegare il motivo ed il significato della distinzione, che può non esser priva di conseguenze pratiche impor-

tanti [1]; in ogni modo, poichè la pubblicazione del trattato accerta al giudice l'esistenza ed il tenore anche delle norme internazionali, basta senz'alcun dubbio a metterlo nella possibilità e nel dovere di applicarle d'ufficio; e l'opinione comune, pur movendo da un concetto erroneo, si dimostra nella conclusione pienamente giusta: la critica, già lo dissi, non riguardava il principio, sibbene il fondamento che gli si assegna.

Ma se l'obbligo del giudice di conoscere ed applicare d'ufficio il diritto internazionale non può dar luogo a serie contestazioni quando le regole da applicare risultano dai trattati conclusi dallo stato ed ufficialmente pubblicati, la cosa non è priva di difficoltà ed obiezioni allorchè si tratta invece del diritto internazionale consuetudinario, perchè le questioni che solleva la prova giudiziale delle consuetudini in genere fanno sentire, come ognuno può intendere, la loro

---

[1] A chiarire questo punto, che, per necessaria brevità, è appena accennato nel testo, basti osservare come un difetto nella pubblicazione del trattato può impedire che sorgano le norme giuridiche interne, non già le internazionali, che esistono prima ed indipendentemente da quella; onde, si può avere una pubblicazione inidonea a creare norme giuridiche interne, e tuttavia capace di servire come accertamento ufficiale dell'esistenza di norme internazionali suscettive d'applicazione da parte dell'autorità giudiziaria. Così, un trattato di pace, ufficialmente pubblicato, nel quale gli stati, fra le altre cose, si obbligano ad accordare reciprocamente ai sudditi certi diritti, non potrà servire di base ad un'azione giudiziaria con la quale un privato intendesse reclamare o far valere quei diritti, nè potrà essere applicato d'ufficio dal giudice per decidere che un determinato diritto individuale esiste o no, se, giusta il diritto pubblico interno di quello stato, la sola pubblicazione, in quel modo in cui è avvenuta, non è sufficiente a dar vita alle norme giuridiche interne necessarie perchè i diritti individuali previsti nel trattato sorgano ed ottengano protezione, richiedendosi, ad esempio, il concorso degli organi legislativi: ma potrà invece, il giudice, anzi dovrà, applicare d'ufficio il trattato per stabilire, ad esempio, la cessazione dello stato di guerra e desumerne delle conseguenze circa l'applicabilità o inapplicabilità di certe norme penali, la validità della cattura di navi, e via dicendo.

influenza anche nel caso speciale nostro. L'applicabilità dei principî che regolano la prova delle consuetudini interne al caso di cui ci occupiamo può sembrare più specialmente imposta in quei paesi, dove la prova giudiziale della consuetudine è ammessa e determinata da speciali disposizioni di legge. L'esempio più caratteristico ci è fornito, anche questa volta, dalla Germania: ivi, infatti, il § 293 del cod. di proc. civ., che ammette il bisogno di una prova eventuale della consuetudine [1], ha potuto servire di base all'affermazione che il giudice non ha obbligo di conoscere il diritto internazionale consuetudinario [2]. Nel diritto germanico la prova della consuetudine è ben diversa dalla prova dei fatti [3]; ed il significato che assume la teoria, applicata al diritto consuetudinario internazionale, non è di certo uguale a quello che assumerebbe nelle dottrine, le quali ritengono che la prova della consuetudine non si distingua dalla prova dei fatti ed il giudice trovisi, su questo proposito, vincolato all'opera delle parti [4]: la ragione di applicare questi principi sussisterebbe, però, ed avrebbe lo stesso significato e valore di quella, per cui in Germania si è ritenuto applicabile il disposto del § 293 di quel codice processuale. Ma, per determinare se i principi ammessi dalla legislazione o dalla giurisprudenza dei vari stati circa la prova giudiziale delle consuetudini interne sono appli-

---

(1) Confr. F. Stein, *op. cit.*, pag. 180 e segg.

(2) Così Triepel, *op. cit.*, pag. 445.

(3) F. Stein, *op.* e *loc. cit.*; Windscheid, *op. cit.*, vol. I, § 17; Wetzell, *System des ordentlichen Civilprocesses*, 3a ed., Leipzig 1878, pag. 178 e seg.; Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Civilprocessrechts*, Leipzig 1898, pag. 356 e segg.

(4) Era l'opinione prevalente anche in Germania, prima che il Puchta pubblicasse la sua famosa opera sul diritto consuetudinario: confr. Windscheid, *loc. cit.*, e gli scrittori ricordati ivi nella nota 2. Per le opinioni prevalenti nella dottrina e nella giurisprudenza francese ed italiana, vedi specialm. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, 2a ed. Torino 1902, pag. 61 e segg., dove sono largamente citati scrittori e decisioni giudiziarie, e Lessona, *Teoria delle prove*, vol. I, Firenze 1895, pag. 153 e seg.

cabili al caso nostro, occorre esaminare anzitutto se veramente sussiste, e fino a che punto sussiste, l'analogia fra la posizione del giudice di fronte al diritto consuetudinario interno ed al diritto consuetudinario internazionale.

Se, prescindendo per un momento da ogni altra considerazione, noi guardiamo l'obbligo del giudice di conoscere il diritto internazionale nel suo significato intrinseco, e riferendoci ai criteri logici e giuridici da cui mi parve di poterlo desumere, siamo naturalmente condotti a dire che esso vale nello stesso modo per tutte le norme di diritto internazionale, cui lo stato è soggetto. Ogni distinzione si rivela subito impossibile, anzi contraria alla ragione stessa del principio: infatti, se il dovere del giudice di conoscere il diritto internazionale deriva da ciò, che, nei limiti della propria competenza, egli non si distingue dallo stato, ma è tutt'uno con questo, ossia col subietto a cui si riferiscono le norme giuridiche internazionali, deve anche estendersi, questo dovere, a tutte le norme che obbligano lo stato e per la sola ragione che l'obbligano, indipendentemente dal modo onde si sono formate. Ammettere il contrario sarebbe una contradizione nei termini.

In questa osservazione trovasi già accennata la differenza caratteristica che passa fra la posizione del giudice di fronte al diritto consuetudinario interno da un lato, al diritto consuetudinario internazionale dall'altro. Senza voler qui entrare nella grave controversia relativa al fondamento della forza obbligatoria della consuetudine nel diritto interno, e qualunque sia l'opinione che si adotta su tal proposito, pare si possa asserire con sicurezza, che la volontà che il giudice trova obiettivata nelle norme consuetudinarie interne è una volontà diversa, o almeno distinta, da quella dello stato, di cui egli è l'organo. La cosa non è dubbia riguardo all'opinione oggi prevalente, secondo la quale la consuetudine emana come norma obbligatoria di condotta dalla realtà della vita sociale, indipendentemente dalla volontà o dal comando di un legislatore [1].

---

[1] Vedi sopra cap. I, pag. 41 nota 1.

Ma se anche si accetta la teoria, secondo la quale il valore obbligatorio della consuetudine deriverebbe, non dalla realtà di fatto che la produce, ma dall'autorità dello stato, che vuole o consente quel modo di formazione del diritto, la cosiddetta *Gestattungstheorie* (1), resta sempre vero che la volontà obiettivata nella norma preesiste alla sanzione autoritativa dello stato e non si trasforma punto, per virtù di questa, in volontà propria dello stato, il quale vuole soltanto che certe norme, non create da lui, abbiano nondimeno carattere e valore di norme giuridiche. La forza obbligatoria di una norma è cosa diversa dal suo contenuto, ossia da ciò a cui si vuole obbligare: derivi pure la prima dalla volontà dello stato, nondimeno il contenuto delle norme di diritto consuetudinario interno può essere l'espressione di una volontà che non è dello stato, ma dei consociati, in casi e condizioni determinate. Manca, così, una ragione giuridica per affermare l'obbligo del giudice di conoscere sempre il diritto consuetudinario interno; e la questione può mettersi soltanto fra questi termini: o ritenere il giudice obbligato ad acquistare di caso in caso, quando già non l'abbia, la conoscenza delle consuetudini che deve applicare, valendosi di tutti i mezzi che la legge mette a sua disposizione, compresa l'opera delle parti, senza per altro vincolarlo a questa, nè alle norme relative alla prova dei fatti; ed è il sistema, indubbiamente più razionale, che vige in Germania per l'art. 293 di quel codice di procedura civile; oppure, applicare alla determinazione della consuetudine le regole ordinarie del diritto probatorio, trattando con poca razionalità la ricerca della norma giuridica applicabile come un elemento di fatto della controversia. Tali, infatti, a prescindere da molteplici particolarità, i due sistemi che sono

---

(1) Un cenno sulla prevalenza di questa opinione prima della scuola storica in Unger, *op. cit.*, vol. I, pag. 34 e seg. Fra i moderni più autorevoli vi si accostano il Rümelin, nell'articolo più volte citato, ed il Binding, *Handb. d. S. R.*, pag. 202, 209 e seg. Esattamente Hänel, *op. cit.*, vol. I, pag. 171, delinea la funzione del diritto pubblico nello stato moderno rispetto al formarsi delle consuetudini: e in questo senso almeno ha indubbiamente del vero la cosiddetta *Gestattungstheorie*.

venuti svolgendosi su questo argomento; sistemi profondamente diversi fra loro, ma concordi nel riconoscere una verità, che scaturisce dalla natura stessa del diritto consuetudinario interno, la mancanza di ogni ragione giuridica per affermare in tutti i casi l'obbligo del giudice di conoscerlo d'ufficio.

A risultati diversi ci conduce, se non m'inganno, l'esame dell'indole e del significato del diritto consuetudinario internazionale. Non può essere mio proposito approfondire qui il grave argomento, ancora sì poco ed imperfettamente studiato, nonostante le pagine che gli hanno dedicato quasi tutti gli scrittori, della natura e del valore obbligatorio della consuetudine internazionale (1); ma non posso dispensarmi da alcuni rapidi cenni, che valgano a spiegar meglio e giustificare le conclusioni, alle quali giungo in ordine al nostro problema.

Allorquando si parla di molteplici fonti del diritto internazionale, e ci si riferisce alla consuetudine come ad una di queste fonti, si confondono, se ben guardiamo, due cose diverse: la volontà che genera il diritto, ed i modi di manifestazione di questa volontà (2). La fonte del diritto è la volontà che lo

---

(1) Fra coloro che ne hanno trattato con criteri più rigorosamente positivi vanno qui ricordati, a conferma e schiarimento delle cose che seguono nel testo, in ispecie: GÜNTHER, *op. cit*, vol. I, pag. 15, 28 e segg.; v. KALTENBORN, *Kritik*, pag. 232 e segg.; BERGBOHM, *Staatsverträge u. Gesetze*, pag. 40 e segg.; NIPPOLD, *op. cit.*, pag. 51 e segg.; ULLMANN, *op. cit.*, pag. 28 e segg.; TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 95 e segg. Uno studio accurato e completo della consuetudine internazionale sarebbe, io credo, ottima preparazione a comprender meglio anche la teoria della consuetudine nel diritto interno: qui, come in tanti altri casi, il fenomeno giuridico internazionale, per le condizioni della società in cui si svolge, si presenta molto più semplice e chiaro del corrispondente fenomeno giuridico interno.

(2) BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I, pag. 37 e segg., 542 e segg.; e già prima aveva implicitamente accennato a questa distinzione in *Staatsverträge u. Gesetze*, pag. 40 e segg. Vedi anche TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 30, ed ora HEILBORN, *Völkerrecht*, § 5, nella *Encyclopädie der Rechtswissenschaft* di HOLZENDORFF e KOHLER, Leipzig 1904.

crea; quelle che d'ordinario chiamiamo fonti, sono semplicemente i modi nei quali questa volontà opera e si manifesta. La distinzione ha un' importanza maggiore di quel che può sembrare a prima vista, perchè permette di apprezzare meglio e più facilmente l'intrinseca natura ed il valore di vari processi formativi del diritto: io qui mi limito strettamente al mio tema, ed osservo che se nelle relazioni interstatuali una sola è la volontà capace di dar vita a norme giuridiche, la volontà collettiva degli stati, la consuetudine non si può considerare altro che come un modo di manifestazione di questa volontà. Svolgendo logicamente questo concetto elementare, giungeremo ad alcune conseguenze molto importanti, sia per una dottrina generale del diritto consuetudinario internazionale, sia per il problema che è ora oggetto del nostro esame.

Ed anzitutto possiamo osservare che nel diritto internazionale non ha ragion d'essere la nota controversia, accennata prima, se il valore obbligatorio della consuetudine emani direttamente dalla collettività che la produce, o debbasi ricondurre alla sanzione, alla volontà di un superiore. Gli stati non riconoscono alcun superiore, non esiste al di sopra di essi verun potere capace d'imporre loro autoritativamente norme d'agire. Inutile, quindi, cercare il fondamento della forza obbligatoria della consuetudine altrove che ne' suoi stessi caratteri, nell'essere, cioè, la manifestazione di una volontà collettiva degli stati diretta a porre delle regole obbligatorie della loro condotta nei reciproci rapporti: o questi caratteri sono sufficienti a darci la ragione dell'obbligatorietà giuridica, o non resta che concludere che tale carattere fa assolutamente difetto a quello che male a proposito si chiamerebbe ancora diritto internazionale. Del pari, mentre rispetto alla consuetudine interna si possono concepire come possibili varie forze generatrici, la coscienza popolare, la scienza, la sentenza del giudice, e via dicendo, per la consuetudine internazionale la forza generatrice non può essere che una, perchè nè la coscienza popolare nè la scienza sono, di per sè stesse, idonee ad imporre agli stati le norme della loro condotta, ed una organizzazione giudiziaria capace di creare o dichiarare il

diritto fa difetto alla società degli stati [1]. La forza generatrice del diritto consuetudinario internazionale è la volontà degli stati; gli atti, nei quali si manifesta, non possono essere che atti dello stato nel campo delle relazioni internazionali. Nessuna differenza intrinseca, pertanto, fra le norme stabilite dai trattati normativi e quelle create dalla consuetudine: la fonte del diritto è la stessa in ambedue i casi, e si ha soltanto una differenza nel modo di manifestazione, che avviene per mezzo di parole nel trattato normativo, di atti concludenti nella consuetudine [2]. Di qui l'impossibilità di ammettere,

---

[1] Non mancano, però, scrittori, i quali, volendo, anche a questo proposito, trasportare nel nostro campo idee sviluppate dalla dottrina della consuetudine nel diritto interno, ricorrono alle sentenze di giudici statuali che si occupano di materie attinenti ai rapporti internazionali, e specialmente ai tribunali delle prede belliche. Dopo quello che son venuto dicendo intorno ai caratteri di questi organi, ed in genere alla funzione delle autorità giudiziarie interne nell'applicazione del diritto internazionale, parmi inutile fermarmi ancora a dimostrare l'errore su cui riposa questa idea, assai comune del resto, in specie fra gli scrittori inglesi e anglo-americani. Ma se le sentenze dei giudici statuali non possono, per la loro stessa natura, dar vita a norme consuetudinarie obbligatorie per gli stati nei loro rapporti, possono però, come si è accennato in altra occasione rispetto alle leggi interne, servire di prova del riconoscimento, da parte dello stato, di certi principî di diritto internazionale; ed in questo senso ha del vero anche l'opinione accennata testè, nel senso, cioè, che le sentenze di certi tribunali interni, se non creano la consuetudine, concorrono almeno a provarne l'esistenza.

[2] La distinzione corrisponde sostanzialmente a quella che fa il BINDING, *Handb. d. Strafrechts*, I, pag. 197 e segg., fra *diritto posto* (*gesetztes Recht*) e *non posto* (*ungesetztes Recht*), semprechè s'intenda per diritto non posto, non già un diritto *non positivo,* ma un diritto *non formulato con parole;* e tale è senza dubbio il pensiero di quell'eminente giurista. L'intrinseca eguaglianza fra il diritto risultante dai trattati e quello consuetudinario era stata, del resto, chiaramente avvertita ed espressa anche dalla dottrina tradizionale, che, svolgendo un concetto romano (*leg. 35 Dig.*, I, 3), in piena armonia con le teorie del diritto naturale, considerava la consuetudine come

come pur vorrebbero alcuni, anche fra i seguaci della concezione positiva del diritto internazionale ([1]), che la consuetudine,

---

una *tacita conventio*: così Grozio, nel § 1 dei prolegomeni al *De iure belli ac pacis;* Wolff, *Jus gentium*, § 24; Vattel, *op. cit.*, preliminari, § 25; Günther, *op. cit.*, vol. I, pag. 16 e segg., 28 e segg. Fra i più recenti o moderni: v. Kaltenborn, *Kritik*, pag. 109; Klüber, *op. cit.*, § 3; v. Mohl, *Encyclopädie der Staatswissenschaften*, 2ª ed., Tübingen 1872, pag. 469; Renault, *Introduction*, pag. 33, 41; Laurent, *op. cit.*, vol. I, pag. 11 e seg.; Weiss, *op. cit.*, pag. 23, 25 e seg.; Carnazza Amari, *op. cit.*, pag. 45; Pradier Fodéré, *op. cit.*, vol. I, pag. 86; Phillimore, *op. cit.*, vol. I, pag. 38 e segg.; Halleck, *op. cit.*, vol. I, pag. 51; Creasy, *op. cit.*, pag. 77 e segg.; Calvo, *op. cit.*, vol. I, 5ª ed., Paris-Berlin 1896, pag. 143; e vari altri, ma soprattutto Nippold, che su questa assimilazione fra consuetudine e contratto fonda la parte più originale, e più discutibile, della sua teoria. Dell'importanza, delle critiche, e delle correzioni da apportare a questa opinione tradizionale ho discorso a lungo nel cap. primo del mio libro sulla *Responsabilità dello stato:* a questo rinvio senz'altro il lettore, bastandomi qui di richiamarne le conclusioni, che, in sostanza, mantengono l'opinione tradizionale dell'identità di natura fra le norme consuetudinarie e quelle stabilite dai trattati, considerando però le une e le altre come effetto di un *accordo* (*Vereinbarung*), anzichè di un *contratto;* sicchè il principio, al quale giungo nel testo, dell'uguale trattamento delle due categorie di norme internazionali nel processo interno non è, in sostanza, che un'ulteriore conseguenza d'idee antiche e generalmente ammesse.

([1]) Ullmann, *op. cit.*, pag. 30: « *Allgemeine Gewohnheiten verpflichten als Bestandtheil des positiven Völkerrechts auch jene Staaten, die an der Bildung derselben nicht betheiligt sind; das in der Gewohnheit zum Ausdruck gebrachte Rechtsbewusstsein der Völker beansprucht Anerkennung seitens jedes Staats, der als Glied der internationalen Gemeinschaft gelten will* ». Se con questo s'intende dire che uno stato non può far parte della comunità internazionale senza *accettare* le norme consuetudinarie che la regolano, si dice certamente il vero, ma si riconosce che l'obbligatorietà della consuetudine deriva dall'*accettazione,* ossia dalla volontà dello stato; chè se invece si volesse dire che la consuetudine obbliga di per sè, indipendentemente da questa accettazione, si direbbe cosa inconcilia-

una volta formata, valga per tutti gli stati che fanno parte della comunità internazionale, indipendentemente dalla loro volontà. Manca, infatti, ogni ragione per ritenere obbligatoria la consuetudine rispetto agli stati che non hanno concorso a formarla o non vi hanno aderito, così come manca, nè più nè meno, per ritenere obbligatorio un trattato normativo rispetto agli stati che non vi presero parte o non vi aderirono in seguito. Bensì la partecipazione di uno stato alla comunità giuridica internazionale importa di necessità l'accettazione, da parte sua, dei principî giuridici generali su cui si fonda questa comunità, o che sono in essa generalmente riconosciuti [1]; ma ciò dimostra appunto che il valore del diritto consuetudinario, per gli stati che si formano *ex novo* e per quelli che entrano per la prima volta a far parte della comunità giuridica internazionale, deriva sempre dall'adesione loro, ossia *dalla loro volontà*.

Da queste considerazioni possiamo trarre una conseguenza veramente fondamentale per la soluzione del nostro problema. Le norme giuridiche internazionali, sieno poste dai trattati o dalla consuetudine, presentano questi caratteri: da un lato, sono l'espressione di una volontà diversa da quella dello stato e superiore, ma, dall'altro, contengono *necessariamente e sempre* anche la volontà particolare dello stato. Dal primo carattere ne deriva il valore obbligatorio, l'attitudine che hanno a vincolare la condotta dello stato [2]; ma il secondo

---

bile con la concezione positiva del diritto, e, in sostanza, un'affermazione priva di dimostrazione, per chi non vuol ammettere che il diritto positivo desuma la virtù obbligatoria da un altro diritto ideale e trascendente.

[1] Confr.: v. Holtzendorff, *Einleitung*, nel vol. I del *Handb. d. V. R.*, pag. 16; Jellinek, *System*, pag. 305; Triepel, *op. cit.*, pag. 102. Il concetto è nitidamente espresso in una nota diplomatica del Canning, del 25 marzo 1825, relativa al riconoscimento dei nuovi stati sud-americani (ap. Calvo, *op. cit.*, vol. I, pag. 243).

[2] Confr. la mia *Responsabilità dello stato*, pag. 69 e segg.: mi riferisco a questa teoria, che, per le ragioni ivi esposte, credo la sola

ha un' importanza decisiva per la nostra ricerca. Infatti, il giudice trova dinanzi a sè, nella consuetudine internazionale, la volontà dello stato; non dello stato soltanto, perchè alla formazione di norme giuridiche internazionali è necessaria sempre la volontà collettiva di più stati, ma *anche* quella dello stato, chè, altrimenti, la norma non sarebbe, rispetto a questi, obbligatoria e si entrerebbe in un'ipotesi diversa, della quale ci occuperemo dopo. Ora, se il giudice non può ignorare la volontà dello stato di cui è l'organo, l'obbligo suo di conoscere ed applicare d'ufficio il diritto internazionale consuetudinario trova fondamento e ragione nella natura stessa delle norme che lo compongono. La differenza fra questo caso e quello del diritto consuetudinario interno è così importante e caratteristica, che basta a dimostrare erronea ogni teoria, la quale voglia applicare, per via analogica, al caso nostro, i principî che valgono per la prova giudiziale delle consuetudini interne.

Ma non è la sola. La massima e fondamental parte del diritto internazionale non risulta da accordi normativi espliciti, sibbene da consuetudini e dalle conseguenze giuridiche di alcuni principî di diritto consuetudinario. Si pensi soltanto al valore ed alle conseguenze di cui è suscettivo il principio: « gli stati si riconoscono reciprocamente come subietti di diritti e di doveri ». È una proposizione, che, come principio giuridico, vale indubbiamente in forza della consuetudine; pure nessuno, io credo, vorrebbe sostenere che il giudice possa non conoscere quel principio di diritto consuetudinario con la lunga

---

adatta a spiegare, sopra una base rigorosamente positiva, la giuridicità delle norme di condotta degli stati nei loro rapporti; ma il lettore non ha bisogno ch' io gli dica, che le conclusioni alle quali giungo, circa l' obbligo del giudice di conoscere d' ufficio il diritto consuetudinario internazionale, rimarrebbero le stesse anche se si volesse accettare la teoria dell' auto-obbligazione, perchè, anche da questo punto di vista, la norma giuridica internazionale sarebbe il prodotto di un *atto di volontà dello stato,* anzi non sarebbe altro che un comando rivolto dallo stato a sè stesso.

sequela delle conseguenze che vi sono contenute, perchè ciò equivarrebbe ad ammettere che egli possa legalmente ignorare l'esistenza stessa degli stati esteri e del diritto internazionale. Si pensi al principio dell'eguaglianza di diritto degli stati ed a tutte le limitazioni che ne derivano per la funzione giurisdizionale di ciascuno di essi in confronto a tutti gli altri; si pensi alle regole, quasi esclusivamente consuetudinarie, che determinano la condizione giuridica degli organi delle relazioni internazionali, e via di seguito. Queste osservazioni metton capo alla differenza caratteristica che passa fra la funzione della consuetudine nel diritto interno e nel diritto internazionale. Nelle comunità giuridiche organizzate, che hanno organi appositi e permanenti per la formazione e la manifestazione della volontà collettiva, alla consuetudine può essere riserbato un campo d'applicazione anche assai ristretto, e di regola non rimangono affidati ad essa i principî fondamentali dell'organizzazione sociale. Gl'interessi che la producono sono oggidì quasi esclusivamente interessi di cerchie particolari di vita e d'attività, al di là e al di sopra delle quali l'organo supremo della collettività, lo stato, spiega liberamente l'azione sua coordinatrice e tutelatrice delle molteplici manifestazioni dell'operosità sociale per mezzo della legge. Ma in una comunità giuridica non organizzata, com'è ancora, e sarà forse sempre, quella degli stati, la mancanza di organi appositi per la formazione e la manifestazione della volontà collettiva, e quindi del diritto, inverte addirittura l'importanza della consuetudine ed il campo che le è riserbato. La possibilità di relazioni giuridiche fra gli stati che compongono la comunità internazionale riposa anzitutto sulla loro convinzione, manifestata in una serie di atti corrispondenti; e soltanto sulla base della consuetudine divengono possibili forme speciali di relazioni e di cooperazione, regolate negli accordi normativi espliciti. I fondamenti dell'ordine giuridico rimangono affidati alla consuetudine, mentre i trattati riguardano per lo più applicazioni particolari o cerchie limitate di rapporti interstatuali. Certamente, non si tratta qui di criteri assoluti, che non ammettano eccezioni; ma le linee generali della realtà

corrispondono a questi concetti, e basta a dimostrarlo il fatto che i principî costituenti quello che, non molto esattamente a dir vero, si chiama *diritto internazionale generale*, risultano appunto, per la massima parte, da consuetudini. Dire che il giudice non è obbligato a conoscere il diritto internazionale consuetudinario è dunque lo stesso che dire che egli non è obbligato a conoscerne la prima e principal parte, la base stessa di quelle norme più particolari, cui si vorrebbe limitato l'obbligo suo; egli non potrebbe ignorare le conseguenze e le applicazioni, ma non sarebbe tenuto a conoscere i principî su cui riposano! [1]. Se non m'inganno a partito, anche i risultati di quest'opinione dimostrano la verità del principio opposto, cui mi era parso di poter giungere direttamente dall'esame della natura e dei caratteri propri della consuetudine internazionale.

Si osservi finalmente che la nostra conclusione è suggerita anche da un altro fatto, al quale, nel problema di cui parliamo, va senza dubbio riconosciuta una speciale importanza. Sono numerose le disposizioni di leggi interne, che, in argomenti assai diversi, riposano sopra principî di diritto internazionale consuetudinario o vi si riferiscono, mostrando, in modo non dubbio, di presumerne la conoscenza da parte di chi è chiamato ad applicarle. Una buona parte delle leggi che son venuto citando nel corso di questo studio potrebbero addursi

---

[1] Non si dica che in questo caso si tratta di quei *principî generali del diritto*, che, sebbene non scritti in nessuna parte della legge, formano un tutto con questa, e come tali sono conosciuti ed applicati d'ufficio dal giudice. I principî generali del diritto non si possono ormai intendere se non come *parte di un sistema di diritto positivo*; quindi devono esser *posti* anch'essi, come tutte le altre norme giuridiche. E senza entrare nella spinosa questione del concetto di questi *principî generali* di fronte ad un sistema di diritto codificato, si può asserire che in un diritto come l'internazionale, risultante in gran parte dalla consuetudine, e soltanto in materie speciali regolato da norme esplicitamente formulate dagli stati, i principî generali non sono nè posson essere altro che *principî posti dalla consuetudine*.

a riprova della verità di quest'osservazione; basti però ricordare l'art. 11 della legge italiana 13 maggio 1871, che, rinviando al diritto internazionale per determinare la condizione giuridica delle persone in esso contemplate, presume evidentemente la conoscenza dei principî di diritto internazionale consuetudinario relativi ai privilegi ed immunità degli agenti diplomatici in coloro che son chiamati ad applicare e far valere quella disposizione. Ciò dimostra che anche i legislatori, pur non rendendosi chiaramente conto del problema che esaminiamo, devono esser partiti dal concetto che il giudice non possa non conoscere il diritto internazionale consuetudinario.

Così, o si guardi alla posizione del giudice rispetto alle norme del diritto internazionale, o si guardi all'indole dei principî giuridici che in questa cerchia emanano dalla consuetudine ed al loro rapporto con quelli stabiliti nei trattati normativi e con le disposizioni di varie leggi interne, riesce impossibile ammettere che il giudice non sia obbligato a conoscere il diritto internazionale consuetudinario. Su questo punto, adunque, io non esito a concludere, che non sono applicabili alle consuetudini internazionali i criteri dottrinali o le disposizioni legislative, che riguardano la prova giudiziale delle consuetudini interne. L'affermazione del Triepel, il quale dice che se abbisogna di prova il diritto consuetudinario vigente *nello stato* non può essere diversamente per il diritto consuetudinario che vale *per lo stato* (1), presuppone quell'analogia fra i due casi, che egli non si è curato di dimostrare e che fa invece assolutamente difetto. Ed in realtà, senza proporsi esplicitamente la questione, i tribunali di tutti i paesi hanno applicato il diritto internazionale consuetudinario indipendentemente da ogni prova fornita dalle parti, nello stesso modo e con la stessa libertà d'apprezzamento e d'indagine con cui hanno applicato le norme stabilite dai trattati o le leggi dello

---

(1) Triepel, *op. cit.*, pag. 445: « .... *es besteht die Kenntnisspflicht nicht für das Völkergewohnheitsrecht. Denn wenn das im Staate geltende Gewohnheitsrecht eventuell des Beweises bedarf, so wird es nicht anders stehen mit dem für den Staat verbindlichen* ».

stato: il fatto medesimo di non aver sollevato la questione, mostra forse che si è sentita, se non compresa, la differenza essenziale che intercede fra il diritto consuetudinario internazionale ed interno, anche nei riguardi della loro applicazione giudiziaria ([1]).

Ben diverso dal caso esaminato ora è quello in cui la norma giuridica internazionale, che dev'essere applicata dal giudice, ha vigore soltanto fra due o più stati diversi da quello in cui se ne deve fare l'applicazione. Anche qui poco importa che si tratti di un diritto consuetudinario o di trattati normativi; ma è invece decisivo il fatto che la norma giuridica di cui si parla non vale *per lo stato*, o per dir meglio non l'obbliga. Manca, dunque, il presupposto fondamentale del dovere della conoscenza da parte del giudice: il caso esce dai limiti razionali del principio da noi formulato; non è un'eccezione o una deroga, ma un'ipotesi diversa e di per sè stante ([2]).

È evidente che in questa ipotesi il giudice si trova dinanzi ad un *diritto straniero*, nel senso preciso della parola: la questione del modo e dei limiti di applicabilità di questo diritto va dunque trattata e risoluta con gli stessi criteri che servono di base alla nota controversia relativa all'applicazione delle leggi straniere. Io non posso trattare qui di quest'argomento, che attiene ad un campo diverso e che è assai più largo e complesso di quel che apparisce nel caso par-

---

([1]) Le sentenze citate nel corso del libro, fra cui molte italiane, offrono ad ogni passo esempi di principî di diritto internazionale consuetudinario liberamente richiamati ed applicati dal giudice: non faccio citazioni, perchè dovrei ripetere quasi tutte quelle già fatte. Piuttosto ricorderò come una singolare eccezione, che non riguarda però particolarmente il diritto consuetudinario, una sentenza del tribunale di Atene, che aveva chiesto la prova della condizione giuridica internazionale dell'Egitto; prova che la corte d'appello giudicò inutile, trattandosi di una situazione nota a tutti. *Journ. du dr. intern. pr.*, vol. XXV, 1898, pag. 962 e seg.

([2]) Intorno all'importanza *pratica* di questa ipotesi, vedasi v. HOLTZENDORFF, *Einleitung*, pag. 122 (vol. I del *Handb. d. V. R.)*.

ticolare, che ci cade ora sott'occhio. Mi limito dunque a poche brevissime considerazioni, che hanno soltanto lo scopo di mettere meglio in chiaro la differenza fra questo caso ed il precedente, e di delineare la sostanziale analogia che passa fra l'applicazione del diritto internazionale vigente fra altri stati e l'applicazione del diritto interno di uno stato straniero. E l'analogia sussiste, e respettivamente la differenza si palesa, sia che si guardi al fondamento dell'applicabilità, o ai limiti che incontra, o al modo con cui procede.

Sotto il primo riguardo, infatti, è ovvio notare che lo stato, e quindi il giudice che lo rappresenta, all'infuori di speciali rapporti e condizioni, non è tenuto ad applicare il diritto internazionale in vigore fra terzi stati, se non per quelle ragioni, per le quali si ammette, in genere, un dovere dello stato di riconoscere ed applicare, in certi casi, le leggi straniere (1). Quando si tratta del diritto internazionale vigente per lo stato, il dovere di applicarlo emana dallo stesso rapporto di subordinazione dello stato al diritto internazionale: lo stato è tenuto ad applicare il diritto internazionale perchè è tenuto ad osservarlo; applicandolo, per mezzo del giudice, esso non fa che conformare la propria condotta alle norme a cui è sottoposto. Quando, invece, si tratta del diritto internazionale vigente per altri stati, l'obbligo di applicarlo deve trovare il suo fondamento in un diverso ordine di considerazioni: è evidente che una norma giuridica, la quale non vige per lo stato, è per ciò stesso inidonea ad obbligare *direttamente* lo stato ed il giudice ad osservarla e tenerne conto; quest'obbligo, e quindi quello di applicarla in una controversia, potrà dunque scaturire soltanto da un dovere diverso, e precisamente dal dovere generale dello stato di riconoscere ed applicare il diritto straniero, in certi casi, in cui lo richiede la natura speciale della controversia. In questo dovere, che è di per sè generale ed indeterminato (2),

---

(1) Vedi sopra pag. 135, nota 1.

(2) Vedi sopra pag. 137 e segg., in nota. La specialità del caso, finora, ch'io sappia, non preso in considerazione da alcuno, suggerisce facilmente delle osservazioni, che dimostrano il dovere dello stato di

trova senz'alcun dubbio il suo posto anche il caso speciale di cui parliamo.

Analogamente, quanto ai limiti che può incontrare l'applicazione del diritto internazionale nei giudizi interni. Mentre l'applicazione del diritto internazionale vigente per lo stato non può andar soggetta a limiti o condizioni derivanti dal suo rapporto col diritto interno, più particolarmente non può incontrare ostacoli nelle cosiddette *leggi d'ordine pubblico*, altrettanto non si può dire del diritto internazionale vigente per altri stati. E mentre nei rapporti fra il diritto internazionale vigente per lo stato ed il diritto interno vale, di regola, la presunzione che questo non sia in opposizione con quello [1], tale presunzione non ha alcun fondamento nei rapporti fra il diritto interno ed il diritto internazionale vigente per altri stati. Nel primo caso, infatti, il diritto interno si trova in un rapporto di subordinazione [2] rispetto al diritto internazionale, e non si può mettere in contrasto con esso, senza che lo stato violi i suoi doveri internazionali; cosa che non è certo da presumere, anzi neanche da ammettere, fino a che non sia esclusa ogni possibilità di una interpretazione diversa. Salvo, dunque, ciò che abbiamo detto prima circa l'obbligatorietà di una legge interna manifestamente

---

tener conto del diritto internazionale vigente fra gli altri stati, ma in pari tempo confermano ciò che, intorno alla natura di questo dovere, ho detto nel testo. L'appartenenza dello stato alla comunità giuridica internazionale, insieme con la natura particolare di questa, che implica e afferma la possibilità di una pressochè indefinita varietà e moltiplicità di norme fra i subietti che la compongono, raggruppati nei modi più diversi secondo i bisogni e le tendenze, postula, invero, il dovere dello stato di non disconoscere l'esistenza ed il valore giuridico di tali norme, anche quando non lo riguardano direttamente. Ma tutto ciò non toglie che esse sieno, rispetto a lui, *norme straniere;* ed è poi ovvio notare, che sono osservazioni analoghe quelle che servono a dimostrare il dovere giuridico dello stato di riconoscere l'esistenza ed il valore delle leggi interne straniere.

(1) Vedi sopra, pag. 223 e segg.

(2) Vedi sopra, pag. 208 e seg.

contraria al diritto internazionale, caso assai diverso, come ognun vede, da quello che esaminiamo ora, è certo che non si può parlare di un limite all'applicabilità del diritto internazionale nascente dall'ordine pubblico interno dello stato: ciò che questi è tenuto a volere o a fare per corrispondere a' suoi doveri internazionali, lungi dal contrastare all'ordine pubblico interno, ne è piuttosto una parte, un elemento essenziale. Invece questo limite si può benissimo, anzi si deve, ammettere, allorchè trattasi di un diritto internazionale in vigore fra altri stati: infatti, poichè lo stato non è tenuto ad osservare questo diritto, nulla impedisce che le sue leggi sieno con esso in contrasto, e nulla gli si può rimproverare se ciò accade; tanto meno si può ritenere obbligato ad applicarlo, nonostante il turbamento che ne verrebbe all'ordine giuridico interno. L'applicazione che il giudice può farne, si deve perciò intendere, come sempre, subordinata alla condizione che non costituisca una offesa all'ordine pubblico. Una norma giuridica risultante da un trattato concluso fra gli stati *A* e *B* non potrà ricevere applicazione nello stato *C*, ogniqualvolta incontri uno di quei limiti che questo stato ha voluto assegnare all'efficacia del diritto straniero. Anche per questo lato, adunque, la questione, distaccandosi dal caso esaminato prima, procede perfettamente parallela a quella più generale dell'applicabilità del diritto straniero interno.

E con questa s'identifica altresì e si confonde nella questione processuale del modo onde il giudice conosce ed applica un diritto straniero. Dal momento che l'obbligo del giudice di conoscere ed applicare d'ufficio il diritto internazionale riposa sul fondamento giuridico dell'obbligatorietà di questo diritto per lo stato, e dell'essere esso un'emanazione della volontà statuale, non vi è bisogno di aggiunger molte parole per mostrare come il problema muti sostanzialmente, allorchè la norma giuridica internazionale non ha valore obbligatorio per lo stato, e non è il prodotto della sua volontà. Mancano allora precisamente quelle note, su cui mi parve di poter fondare la dimostrazione del dovere del giudice di conoscere ed applicare d'ufficio il diritto internazionale. Rispetto alle norme che hanno valore per altri stati soltanto, è impossibile trovare

una ragione giuridica, per la quale il giudice si possa ritenere obbligato a conoscerle: la questione non può avere che una di queste due soluzioni; o il giudice deve attenderne dalle parti la dimostrazione e la prova; oppure, secondo un concetto più rigoroso e più vero, deve procurarsene, anche d'ufficio, e con tutti i mezzi che ha a sua disposizione, la conoscenza, pur valendosi dell'opera delle parti, senza essere a questa vincolato. Sono precisamente le due soluzioni, che, nella dottrina e nella pratica, riceve il problema dell'applicazione giudiziaria del diritto interno straniero [1]; e l'analogia col caso nostro, anzi la sostanziale identità, non ha bisogno d'altra dimostrazione. Ma poichè l'analogia è evidente, mi è lecito ormai concludere su questo punto: il giudice non è obbligato a conoscere d'ufficio quel diritto internazionale che non ha vigore per lo stato; le regole o i principî, secondo cui si determina la conoscenza che egli acquista ed il modo onde applica il diritto interno straniero, devono valere anche per il caso nostro: cosicchè, dove la materia è regolata da speciali disposizioni di legge, non vi ha dubbio che queste saranno applicabili anche al caso nostro [2]; e dove la questione è lasciata libera alla dottrina ed alla giurisprudenza, i criteri adottati per la prova del diritto straniero interno serviranno a risolvere anche il nostro particolare problema. Spingere più oltre l'indagine ci obbligherebbe ad entrare in un argomento troppo estraneo al tema di questo studio [3].

---

(1) Si confrontino specialmente, fra i moltissimi che hanno trattato di quest'argomento: MITTERMAIER, *Ueber den Beweis ausländischer Gesetze in Rechtsstreitigkeiten*, nell'*Archiv f. d. civ. Prax.*, vol. XVIII, pag. 67 e segg.; LANGENBECK, *Beiträge zur Lehre von dem Beweise fremder Rechte vor inländischen Gerichten*, ibid., vol. XLI, pag. 129 e segg.; v. BAR, *Theorie u. Praxis*, vol. I, pag. 132 e segg.; NIEMEYER, *Vorschläge u. Materialien*, pag. 78 e segg.; ZITELMANN, *Intern. Privatrecht*, vol. I, pag. 287 e segg.

(2) Così, infatti, in ordine alla legislazione germanica, TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 445.

(3) Mi sia permesso soltanto di notare che l'antica, e pur sempre dibattuta, questione parrebbe dovesse ormai trovare nuovi importanti

Un'ultima questione relativa all'applicazione giudiziaria del diritto internazionale, strettamente connessa con quelle trattate sin qui, ci resta da esaminare; ed è la seguente: se sia ammissibile il ricorso in cassazione per violazione o falsa applicazione del diritto internazionale.

Per quanto io so, l'argomento non è stato finora oggetto di serio esame, nè da parte della dottrina, nè da parte della giurisprudenza. Non si può dire, invero, che costituiscano un esame della questione le asserzioni non dimostrate del Gaupp, il quale, parlando del giudizio di revisione, fa rientrare il diritto internazionale nell'espressione generica « *diritto comune* » adoperata dalla legislazione germanica, che egli commentava (1); e neanche le brevi osservazioni del Triepel, che, a risolverla, applica senz'altro i criteri distintivi adottati da questa legislazione nel determinare i casi di ammissibilità del giudizio di revisione per violazione di norme giuridiche interne, dando così in certo modo per dimostrato precisamente quello che si trattava di dimostrare (2).

---

elementi per una definitiva soluzione negli studi, così bene avviati, intorno alla natura giuridica dei fenomeni processuali, ed in particolare intorno al rapporto fra i poteri del giudice e la volontà delle parti. I concetti svolti di recente su questo proposito dalla dottrina germanica, ed anche dalla nostra, contengono indubbiamente le premesse di una concezione più corretta e più rigorosa del concorso delle parti nella dimostrazione della norma giuridica straniera applicabile alla controversia. Se non m'inganno, la ragione, la natura ed i limiti di questa cooperazione fra le parti ed il giudice (*Nothbehelf*, secondo la frase del v. BAR, *loc. cit.*), costituiscono proprio i punti oscuri della questione, e la causa ultima delle persistenti divergenze di opinioni nella dottrina e nella giurisprudenza; ed il nuovo ordine di studi può chiarirli assai. Il tema sarebbe senza dubbio molto attraente; ma debbo lasciarlo ad altra occasione.

(1) GAUPP, *Die Civilprocessordnung für das Deutsche Reich* ecc., vol. II, pag. 87 della 3ª ediz., curata da STEIN. La disposizione a cui si riferisce è il § 1 del regolamento 18 settembre 1879.

(2) TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 445 e segg. Occorre appena avvertire che l'indole particolare del giudizio di revisione, com'è ordinato nel

Gli altri scrittori di diritto internazionale e giudiziario, ed in particolare quelli dei paesi dove vige l'istituto della cassazione, non si occupano affatto della questione, anzi non l'avvertono neppure [1]. Nè ciò può far meraviglia, se pensiamo

---

diritto germanico, e le disposizioni legislative su cui riposano le opinioni di questi scrittori, non consentono neppure di trarne argomenti per il problema nostro, senza molta circospezione.

[1] Giova osservare, a scanso di equivoci, che io qui parlo propriamente della questione « *se sia ammissibile ricorso in cassazione per violazione del diritto internazionale* ». E, in ordine alla questione così formulata, le osservazioni che faccio nel testo rispondono certamente al vero. Non mancano, invece, nella dottrina affermazioni più o meno esatte circa l'ammissibilità del ricorso per violazione dei trattati internazionali; ma queste affermazioni, fondate sempre sopra la forza legislativa dei trattati regolarmente pubblicati, non hanno un rapporto diretto con la nostra questione: così ad es., quanto al giudizio di revisione germanico, v. Kries, *Lehrbuch des deutschen Strafprocessrechts*, Freiburg 1892, pag. 670, Ullmann, *Lehrbuch des deutschen Strafprocessrechts*, München 1893, pag. 602; fra noi Gabba, nota alla sentenza della cass. di Firenze 3 aprile 1874 (*Giurispr. it.*, 1874, I, 1, 866 e seg.), e Mattirolo, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, vol. IV, pag. 907, nota 1 (ed. 4ª). Sul valore di quest'opinione e sui rapporti che ha col nostro problema, si veda quello che dico in seguito nel testo. Il Diena, *Le jugement du conseil des prises d'Italie dans l'affaire du Doelwijck*, nel *Journ. du dr. int. pr.*, vol. XXIV, 1897, a pag. 274 e seg., sostiene in modo generico l'ammissibilità di un ricorso in cassazione per violazione del diritto internazionale dalle decisioni del tribunale delle prede; ed adduce a sostegno di quest'opinione l'esempio del regolamento turco del 1877 (*Annuaire de législation étrangère,* anno VII, pag. 737). Ma ognuno vede subito che la questione riguarda più il modo d'intendere i caratteri e la natura dell'organo cui vien deferito il giudizio sulla validità delle prede, che la funzione del supremo organo giurisdizionale dello stato rispetto all'applicazione del diritto internazionale fatta dai giudici del merito. È poi inutile ripetere che i tribunali delle prede risolvono controversie regolate dal diritto interno; sicchè, pure ammessa la possibilità di questo mezzo d'impugnativa delle loro decisioni, resterebbe sempre da vedere se esso può aver luogo *anche* per la violazione delle norme di diritto internazionale applicate nella risoluzione di questioni pregiudiziali o incidentali connesse con la controversia principale.

che le idee vaghe ed indeterminate correnti intorno al concetto, ai limiti, ai caratteri del diritto internazionale ne' suoi rapporti col diritto interno, ed al modo onde diviene oggetto di applicazione da parte delle autorità giudiziarie dei singoli stati, non permettevano che il problema si ponesse nei termini rigorosi e precisi, nei quali si presenta ora al nostro studio. Le stesse ragioni, per le quali non si è mai posto nè studiato in termini generali il problema dell'applicazione giudiziaria del diritto internazionale, ma si è discusso sempre e soltanto dell'applicabilità di certe parti di esso, e con criteri desunti dall'indole particolare di queste in confronto alle altre materie del diritto internazionale, dovevano impedire che si formulasse in termini chiari e generali la questione di cui parliamo. Che essa però abbia ragion d'essere, e debba anzitutto venire esaminata da un punto di vista generale, parmi inutile, dopo quanto son venuto esponendo fin qui, fermarmi ancora a dimostrarlo.

D'altronde, se di una dimostrazione vi fosse bisogno, essa emanerebbe limpida ed intera dal semplice esame della realtà. Quasi tutte le sentenze delle corti di cassazione, che venni via via citando nel corso di questo lavoro, si son trovate nel caso di dover apprezzare il modo onde i giudici del merito avevano interpretato ed applicato certi principî di diritto internazionale, da cui dipendeva l'applicazione o l'interpretazione delle norme giuridiche interne regolatrici della controversia. E si tratta di materie diversissime, di principî o istituti del diritto internazionale i più disparati fra di loro: cito ad esempio; principî di diritto internazionale relativi alla condizione giuridica delle navi mercantili o da guerra in alto mare e nelle acque territoriali [1]; principî relativi al momento perfezionativo, alla natura ed agli effetti dei trattati interna-

[1] Cass. francese 3 agosto 1832, *Sirey*, 32, I, 577; 25 febbraio 1859, *Dalloz*, 59, I, 88; 29 febbraio 1868, *Dalloz*, 68, I, 412; cass. Torino 14 aprile 1880, *Mon. trib.*, 1880, 495; cass. francese 11 febbraio 1881, *Sirey*, 82, I, 433; cass. Roma 9 novembre 1896, *Foro*, 1896, II, 90; 22 febbraio 1904, *Giur it.*, 1904, II, 148.

zionali [1]; alla legittimazione giuridica ed agli effetti dei governi insurrezionali o di fatto dal punto di vista dei rapporti internazionali [2]; norme di diritto internazionale che determinano la natura giuridica e gli effetti delle incorporazioni ed annessioni [3]; indole e conseguenze del regime delle capitolazioni, funzione giurisdizionale dei consoli ecc. [4]; principî di diritto internazionale riguardanti il carattere, le facoltà ed i privilegi dei consoli [5]; natura giuridica del lodo arbi-

---

[1] Cass. Torino 24 febbraio 1880, *Giur. it.*, 1880, I, 769; 31 dicembre 1888, *ibid.*, 1889, 149; cass. francese 27 ottobre 1893, *Journ. du dr. int. pr.*, vol. XXI, 1894, pag 349 e seg.

[2] Cass. Torino 2 giugno 1885 (*Fòro*, 1885, I, 554) e 22 ottobre stesso anno (*ibid.*, 1885, I, 543).

[3] Cass. francese 14 dicembre 1846, *Sirey*, 47, I, 49; 3 ottobre 1857, *Sirey*, 57, I, 875; 7 luglio 1862, *Dalloz*, 62, I, 355; 17 aprile 1863, *Sirey*, 64, I, 98; 30 agosto 1864, *Dalloz*, 64, I, 350; 30 gennaio 1867, *Sirey*, 67, I, 117; 12 giugno 1874, *Journ.*, vol. II, 1875, pag. 191; cass. Roma 20 maggio 1876, *Fòro*, 1876, I, 769; cass. Torino 6 luglio 1877, *Fòro*, 1877, I, 988; cass. francese 5 novembre 1878, *Sirey*, 79, I, 126; cass. Roma 11 gennaio 1881, *Gazzetta del procuratore*, vol. XVI, 1881-82, pag. 24; cass. francese 23 maggio 1883, *Sirey*, 83, I, 377; 30 aprile 1885, *Journ.*, vol. XIV, 1887, pag. 603; cass. Roma 16 gennaio 1892, *Fòro*, 1892, II, 153; cass. francese 29 giugno 1893, *Journ.*, vol. XXII, 1895, pag. 390 e seg.

[4] Cass. francese 19 dicembre 1864, *Sirey*, 65, I, 217; 16 gennaio 1867, *Dalloz*, 67, I, 308; 23 agosto 1870, *Dalloz*, 70, I, 351; cass. Torino 29 aprile 1871, *Giur. it.*, 1871, I, 267; 4 maggio 1882, *Riv. pen.*, vol. XVI, pag. 320; cass. Roma 17 maggio 1882, *Riv. pen.*, vol. XVI, pag. 327; 26 novembre 1888, *Fòro*, 1889, II, 2; 1 febbraio 1893, *Mon. trib.*, 1893, 419; 14 dicembre 1894, *Annali*, 1895, 62; 14 giugno 1895, *Riv. pen.*, vol. XLII, pag. 477; cass. francese 10 marzo 1897, *Journ.*, vol. XXIV, 1897, pag. 790 e seg.; cass. Roma 24 novembre 1897, *Giur. pen. Tor.*, 1898, 66; 18 aprile 1900, *Giur. pen. Tor.*, 1900, 442.

[5] Cass. Torino, 31 marzo 1876, *Fòro*, 1876, II, 256; cass. francese 9 febbraio 1884, *Journ.*, vol. XI, 1884, pag. 61; 17 giugno 1895, *Journ.*, vol. XXIV, 1897, pag. 168 e seg.

trale internazionale [1]; trasmissione degli obblighi patrimoniali degli stati nelle mutazioni territoriali [2]; estensione e caratteri del mare territoriale [3]; valore ed effetti della dichiarazione di guerra [4]; principî di diritto internazionale relativi alla natura ed alle conseguenze del protettorato, ai diritti dello stato protettore sul territorio dello stato protetto ecc. [5]; immunità diplomatiche [6]; occupazione bellica [7]; e via dicendo.

---

[1] Cass. Napoli 20 febbraio 1881, *Gazzetta del procuratore*, vol. XVI. 1881-82, pag. 215; cass. Roma 28 febbraio 1899, *Fòro*, 1899, I, 259.

[2] Cass. Palermo 5 gennaio 1877, *Circolo Giuridico*, 1877, 202; cass. Firenze 15 marzo 1877, *Fòro*, 1877, I, 484; cass. Torino 6 luglio 1877, *Fòro*, 1877, I, 988; cass. Firenze 21 luglio 1878, *Fòro*, 1878, I, 515; cass. Torino 18 aprile 1879, *Fòro*, 1879, I, 505; cass. Roma 13 aprile 1880, *Giur. it.*, 1880, 1068; cass. Torino 21 dicembre 1881, *Fòro*, 1882, I, 119; 29 dicembre 1881, *Fòro*, 1882, I, 603; cass. Roma 29 maggio 1884, *Fòro*, 1884, I, 531; cass. Napoli 17 dicembre 1886, *Legge*, 1887, I, 342; cass. Firenze 17 dicembre 1894, *Temi veneta*, 1895, 29; cass. francese 13 luglio 1897, *Journ.*, vol. XXVII, 1900, pag. 780 e seg.

[3] Cass. francese 29 febbraio 1868, *Dalloz*, 68, I, 412; cass. Torino 19 agosto 1885, *Rassegna di dir. comm.*, 1886, pag. 73; cass. Napoli 10 dicembre 1892, *Legge*, 1893, I, 514.

[4] Cass. francese 28 novembre 1834, citata da Feraud-Giraud nella *Revue de dr. intern.*, 1885, pag. 19; della stessa corte può vedersi la sentenza 23 dicembre 1854 in *Sirey*, 54, I, 814.

[5] Cass. francese 17 maggio 1839, *Dalloz, Rep.*, v. *Comp. crim.* n. 111; 9 maggio 1845, *Sirey*, 45, I, 396; 12 maggio 1859, *Sirey*, 59, I, 975; 2 giugno 1892, *Journ.*, vol. XX, 1893, pag. 836; 27 ottobre 1893, *Journ.*, vol. XXI, 1894, pag. 349 e seg.; 26 luglio 1894, *Dalloz*, 95, I, 5; 18 marzo 1895, *Journ.*, vol. XXII, 1895, pag. 821 e seg.

[6] Cass. francese 11 giugno 1852, *Sirey*, 52, I, 467; 13 ottobre 1865, *Dalloz*, 65, I, 233; 24 maggio 1879, *Sirey*, 80, I, 137; 10 gennaio 1891, *Journ.*, vol. XVIII, 1891, pag. 137 e seg. (notando però che in questo caso la cassazione fonda l'ammissibilità del ricorso sui decreti della costituente, che riconoscono agli inviati diplomatici stranieri le consuete immunità); cass. belga 24 maggio 1897, *Journ.*, vol. XXIV, 1897, pag. 839 e seg.; 23 maggio 1898, *Journ.*, vol. XXVI, 1899, pag. 618 e seg.

[7] Cass. francese 6 gennaio 1873, *Journ.*, vol. I, 1874, pag. 243 e seg.; 16 aprile 1873, *Journ.*, vol. I, 1874, pag. 181; 10 luglio 1874, *Sirey*, 75, I, 136.

Questa giurisprudenza dimostra che l'argomento è suscettivo di applicazioni pratiche tutt'altro che scarse, ed ha un carattere di grande generalità. Piuttosto può far meraviglia che neppure le corti di cassazione abbiano sentito il bisogno di porre e risolvere la questione che ci occupa; o, per dir meglio, giacchè dal complesso delle decisioni surriferite discende con evidenza irrecusabile la convinzione della possibilità che questa magistratura esamini il modo in cui fu inteso ed applicato il diritto internazionale dai giudici inferiori, che l'abbiano risoluta implicitamente, senza fermarsi a ricercarne il fondamento, nè a discutere i dubbi e le difficoltà che solleva. Ma anche questa cosa riesce di facile spiegazione, quando si riflette, e lo vedremo meglio fra poco, che, le vere questioni di diritto internazionale venendo dinanzi ai tribunali interni nella forma di questioni pregiudiziali o incidentali connesse con l'applicazione del diritto interno, ogni violazione del diritto internazionale si compenetra ed in certo modo si trasfonde in una violazione del diritto interno; di guisa che non era difficile, fermandosi a questa seconda, comprendervi anche la prima e dispensarsi dal porre la questione della loro equivalenza. Vedremo, d'altra parte, che in questa connessione sta precisamente il motivo principale per ammettere il ricorso in cassazione per violazione o falsa applicazione del diritto internazionale.

Non soltanto le sentenze che ho citato, pur esaminando in realtà l'applicazione del diritto internazionale fatta dai giudici del merito, non si spingono mai fino ad esporre le ragioni per le quali si credono autorizzate ad istituire questo esame, ma, di regola, non formulano neanche esplicitamente il principio che la violazione di una norma di diritto internazionale può essere argomento di censura da parte della cassazione. Il principio si desume, a mio giudizio, dal contenuto delle sentenze, ma sarebbe inutile ricercarvene un'esplicita affermazione. Questo per regola generale; non manca però qualche eccezione notevole. Così la cassazione di Torino, in una sentenza del 22 aprile 1885, stabilendo la massima che la insurrezione di una parte della popolazione contro il governo legittimo non fa cessare la sovranità dello stato sul relativo

territorio, finchè non sia accaduta la *plena debellatio* di questo stato, osserva che « i concetti da cui è ispirata la sentenza (d'appello) sono errati in diritto e *giustamente vengono censurati comecchè contenenti la violazione dei principî fondamentali del diritto pubblico e la falsa applicazione in specie del trattato di Zurigo* ». E prosegue: « Le insurrezioni avvenute comunque a fine di nazionalità, la costituzione dei governi provvisori e la fusione votata con altro stato, che aveva all'Austria dichiarato una giusta guerra, non valevano, *secondo il diritto delle genti*, a spogliare quell'impero della sua sovranità ecc. » (1). E in una precedente sentenza la stessa corte, posto il principio che le requisizioni e l'occupazione di proprietà privata, volontariamente fatte dallo stato a scopo di difesa bellica, fondano nei privati danneggiati un diritto al risarcimento, e che tale diritto era riconosciuto nelle provincie italiane soggette all'Austria, aggiunge che lo stesso diritto può il privato accampare verso lo stato succeduto a quello da cui ebbero cagione i danni, e continua: « *dunque la sentenza denunziata ha violato il principio di diritto internazionale che uno stato succedendo ad un altro subentra* ecc. » (2). Più esplicitamente ancora il tribunale dell'impero germanico, ed in questo caso l'analogia sussiste nonostante la diversa natura dell'istituzione, osservava nella sua decisione del 16 giugno 1883 che « il diritto internazionale europeo, sorto dalla comune volontà di stati indipendenti, sia in quanto riposa sul diritto scritto — il contenuto dei trattati internazionali — sia in quanto riposa sul diritto non scritto — la consuetudine internazionale o anche soltanto le conseguenze d'istituti generalmente riconosciuti e praticati — comprende un complesso di principî giuridici, *la cui violazione dà adito alla revisione nel senso di legge;* ed a questi appartiene senza dubbio il diritto di guerra, in particolare il

(1) *Fòro*, 1885, I, 543. La sentenza cita specialmente Vattel, Wheaton, Calvo.

(2) Cass. Torino 29 dicembre 1881, *Fòro*, 1882, I, 603.

diritto della conquista bellica » (1). Importa dunque che, facendo tesoro degli insegnamenti che ci vengono dalla giurisprudenza, e soprattutto ricavandone la valutazione esatta ed intera dei concreti atteggiamenti ed aspetti del problema, se ne integrino le deficienze e le lacune con un esame scientifico, diretto a determinare meglio il fondamento ed i limiti del principio.

La questione dipende anzitutto dal modo d'intendere la funzione della cassazione, e quindi dalle disposizioni di legge che la regolano. In altre parole, questo problema, non meno di quelli antecedentemente studiati, attiene al diritto interno, e si collega al diritto internazionale solamente per desumerne dei criteri per la sua soluzione. Dati, però, i caratteri dell'istituto della cassazione, quali risultano dalle disposizioni di legge che lo riguardano, e posto che le dette disposizioni non risolvono affatto il problema, anzi, senza punto impedirlo, non l'avvertono neppure, conviene risalire alla natura propria delle norme giuridiche internazionali, ed alle ragioni per cui diventano oggetto d'applicazione da parte delle autorità giudiziarie interne, onde determinare se l'istituto del quale parliamo può applicarsi alla loro violazione. E questo è il solo punto di vista sotto cui intendo di occuparmi della questione (2).

---

(1) *Jurist. Wochenschrift*, 1883, pag. 227, (ap. TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 446 nota 3): « *Denn das Europäische Völkerrecht, hervorgegangen aus dem nachweisbaren gemeinsamen Willen unabhängiger Staaten, enthält sowohl insoweit, als es auf geschriebenem Rechte — dem Inhalte von Staatenverträgen —, wie auch insoweit, als es auf ungeschriebenem Rechte — dem Staatenherkommen oder auch nur auf Folgerungen aus dem Wesen allgemein anerkannter oder gebräuchlicher Institutionen — beruht, eine Reihe von Rechtsnormen, deren Verletzung die Revision im gesetzlichen Sinne begründet und zu denen ohne Zweifel gerade das Recht des Krieges, insbesondere dasjenige der Kriegseroberung gehört* ».

(2) Non occorre dunque aggiungere che parto sempre dal presupposto che sussistano gli estremi voluti dalla legge dello stato per l'ammissibilità del ricorso, limitandomi a ricercare se e quando possa avere il suo fondamento nella violazione di un principio di diritto

Fissato così il criterio direttivo generale ed il limite della nostra indagine, distinguiamo anche qui il diritto internazionale che è obbligatorio per lo stato, da quello che vige unicamente per altri stati.

Se trattasi del diritto internazionale che ha valore *per lo stato*, pare, senza alcun dubbio, conforme allo spirito, se non alla lettera, della legge di ammettere il ricorso. Concorrono, infatti, i motivi per i quali esiste questo istituto, poichè non è certamente di minore importanza l'uniforme ed esatta intelligenza dei principî del diritto internazionale vigenti per lo stato da parte dei magistrati che conoscono del merito delle liti, di quello che possa dirsi per le varie parti della legislazione interna. La violazione delle norme del diritto internazionale è vera e propria violazione dell'ordine giuridico, e precisamente di quell'ordine giuridico, all'ombra del quale lo stato esiste e spiega la sua attività. Dato, adunque, che sussistano gli estremi voluti dalla legge per l'ammissibilità di questo mezzo d'impugnativa delle sentenze, e soltanto si discuta se il ricorso possa trovare il suo fondamento nella violazione o falsa applicazione delle regole del diritto internazionale, possiamo dire che le ragioni sulle quali riposa la funzione della cassazione rispetto all'ordine giuridico vigente *nello stato*, trovano esatto riscontro rispetto all'ordine giuridico internazionale vigente *per lo stato;* in quei modi, ben inteso, ed in quei limiti, nei quali anche quest'ordine giuridico è suscettivo d'applicazione da parte degli organi giudiziari interni.

Questo concetto generale trova la sua esplicazione e conferma in alcune considerazioni più particolari e concrete. Anzitutto, l'importanza che presenta per lo stato la retta interpretazione ed applicazione del diritto internazionale permette di ritenere che il legislatore non abbia voluto rinunziare alla garanzia importantissima, che deriva dal sindacato

---

internazionale. Prescindo quindi, ad esempio, completamente dalla questione, se possa darsi ricorso contro le decisioni dei tribunali delle prede belliche; questione, come ho accennato prima (vedi nota 1 a pag. 299), in parte diversa dalla presente.

della suprema magistratura. Sono tali e tanto gravi gl'interessi che si collegano con la funzione dei tribunali nell'interpretare ed applicare il diritto internazionale, così delicate le materie in cui si presenta il bisogno di ricorrervi, che non si comprenderebbe come il legislatore volesse rinunziare a farne dirigere e sorvegliare l'attività da quell'organo, che, per la sua posizione eminente e per le caratteristiche del suo modo di funzionare, apparisce più adatto d'ogni altro alla tutela di questi interessi, all'eliminazione di molti fra i pericoli e le difficoltà che possono derivarne. Trattasi di norme rigorosamente obbligatorie per lo stato, il quale risponde di fronte agli altri stati del modo onde i giudici suoi le applicano e le fanno valere (¹); naturale, dunque, dal momento che non vi

---

(¹) Un'opinione assai diffusa, cui, fra i più recenti, aderisce in parte anche il v. Liszt, *op. cit.*, pag. 180, restringe assai la responsabilità internazionale dello stato per le sentenze de' suoi organi giudiziari, movendo dal concetto che nei paesi civili, dove esiste una magistratura indipendente, lo stato ha adempiuto al suo dovere internazionale quando ha posto i giudici in grado di risolvere liberamente le controversie che possono esser loro deferite. (Confr., fra i molti, Phillimore, *op. cit.*, vol. II, pag. 4; Creasy, *op. cit.*, pag. 337; Fiore, *Dir. intern. pub.*, vol. I, n. 397; Pradier Fodéré, *op. cit.*, vol. III, n. 1370 ecc.). Ma quest'opinione, assai vaga ed incerta, del resto, come tutte quelle che attengono all'argomento della responsabilità internazionale dello stato (vedasi, in prova, l'esposizione e le discussioni che ne fanno il Kaufmann, *op. cit.*, pag. 109 e segg., ed il Diena, *Se e in quale misura* ecc., pag. 29 e segg.), confonde due casi ben distinti fra loro. Talora, infatti, *il dovere internazionale dello stato consiste nell'avere certe norme di diritto interno e nell'applicarle e farle valere al pari di tutte le altre* (per es., conferire agli stranieri certi determinati diritti): in questi casi, è certo che esso ha adempiuto al suo dovere, quando ha emanato le dette norme ed ha ordinato ai suoi giudici di applicarle alla risoluzione delle controversie di cui possono essere investiti. Qualunque sia l'interpretazione che i giudici danno a quelle norme, non può derivarne una responsabilità internazionale dello stato, perchè il dovere internazionale di questo è già adempiuto, la possibilità d'interpretazioni divergenti delle norme giuri-

sono speciali motivi per escluderne la possibilità, ritenere che l'applicazione giudiziaria di queste norme non sia circondata da garanzie minori di quelle ritenute necessarie per la retta intelligenza ed applicazione delle norme giuridiche interne [1].

---

diche interne, comunque interessanti i rapporti internazionali, essendo necessariamente insita nei caratteri dello stato moderno, rispetto allo esercizio della funzione giurisdizionale. In questo senso è pienamente giustificata la risoluzione dell'istituto di diritto internazionale nella sessione dell'Aia, 1875, rispetto alle regole di diritto internazionale privato stabilite per mezzo di trattati: « *Les règles de droit international privé qui entreront dans le lois d'un pays par suite d'un traité international, seront appliquées par les tribunaux, sans qu'il y ait une obligation internationale de la part des gouvernements de veiller à cette application par voie administrative* ». (*Annuaire,* vol. I, 1877, pag. 80 e segg., 126; confr. Asser-Rivier, *op. cit.*, pag. 145 in nota, e v. Bar, *Theorie u. Praxis,* vol. I, pag. 145, nota 43). Ma è ben altro il caso di applicazione giudiziaria delle norme internazionali: in tale ipotesi, *il dovere dello stato consiste nell'osservare quelle norme,* ed una sentenza che le disconosce o le viola è *un atto dello stato contrario al diritto internazionale;* donde la sua responsabilità. Quindi, ad esempio, uno stato non è *internazionalmente* responsabile se i suoi giudici, *applicando male il diritto interno,* non riconoscono, in un dato caso, ad uno straniero un diritto che gli spettava; ma è responsabile se, *applicando male il diritto internazionale,* pronunziano una sentenza contro uno straniero non sottoposto alla loro giurisdizione, o condannano un individuo per un reato diverso da quello per cui fu concessa l'estradizione; e via dicendo. Concorda, nella sostanza, la pratica della diplomazia nord-americana (Wharton, *Digest.,* vol. II, § 230). Vedasi anche, per qualche applicazione, la mia *Responsabilità dello stato,* pag. 130 e segg. Confr. cap. 2° di questo libro, nota 2 a pag. 64.

[1] Un argomento, che indirettamente appoggia queste osservazioni, si può trovare nel fatto che in molti stati sono in vigore disposizioni di legge dirette a circondare di speciali garanzie la risoluzione di controversie interne interessanti i rapporti internazionali. Mi limito a ricordare la legge francese del 16 marzo 1893, che deferì alla giurisdizione correzionale, sottraendole alla corte d'assise, cui eran devolute in forza della legge 29 luglio 1881, le offese commesse per mezzo della stampa contro gli agenti diplomatici ed i capi di stato esteri

Vi è poi un altro ordine di considerazioni, più direttamente connesse con lo scopo e con la funzione dell'istituto di cui parliamo. Come si è visto, le norme di diritto internazionale vengono applicate dai tribunali interni perchè, ed unicamente perchè, ad esse si ricollegano in varie guise numerose norme di diritto interno, di guisa che l'interpretazione ed applicazione di queste seconde non è possibile, senza l'interpretazione ed applicazione delle prime. Lo stato, nell'emanare le norme giuridiche, non può nè vuole prescindere dalla posizione che ha nel diritto internazionale; anzi, questa posizione è un presupposto, un punto di partenza per un buon numero delle norme di cui parliamo. L'esame accurato della giurisprudenza, che ho via via riferita nel corso di questo lavoro, rivela un'indefinita varietà di delicati intrecci e rapporti fra le regole del diritto internazionale e quelle di diritto interno applicabili alla risoluzione di una data controversia. Ora, le norme di diritto interno partono dal presupposto della giurisdizione territoriale dello stato, e richiedono che questa giurisdizione venga determinata, nella sua natura e ne' suoi limiti, in base al diritto internazionale; ora, presuppongono una potestà conferita allo stato su persone o cose che non gli appartengono, e richiedono la determinazione del contenuto e degli effetti di questa potestà; ora, hanno per base l'esistenza di un dato rapporto, ad esempio di pace o di guerra, di protezione, di dipendenza, ecc. fra lo stato ed un altro stato, e non possono essere rettamente intese ed applicate se dal diritto internazionale non si desume l'esatta natura ed indole del rapporto in questione; ora, corrispondono all'esercizio di un diritto subiettivo che lo stato ha acquistato verso altri stati, o rappresentano l'adempimento di un dovere corrispondente; e

---

(*Journ. du Pal.*, 1893, parte 5ª, pag. 510 e seg.). I motivi della legge (ivi pag. 511, in nota) espongono chiaramente le ragioni d'ordine internazionale che la determinarono; ragioni corrispondenti, nello spirito che le informa, a quelle accennate nel testo per sostenere l'ammissibilità del ricorso in cassazione. Per una più larga indicazione di queste leggi, vedasi TRIEPEL, *op. cit.*, pag. 351 e segg.

così di seguito. È più facile immaginare che esporre i molteplici contatti e rapporti fra queste due cerchie, pure fra loro assolutamente distinte, di norme giuridiche: del resto, ognuna delle osservazioni fatte e delle sentenze citate nel corso del libro può dirsi che ne costituisca una dimostrazione o un esempio, ed il lettore che mi ha seguito fin qui non troverà, io credo, poco giustificata la seguente proposizione; che, cioè, l'esatta interpretazione ed applicazione del diritto vigente nello stato non è possibile senza l'esatta interpretazione ed applicazione del diritto internazionale. In altri termini, e come già accennai nel parlare dell'attitudine presa dalla giurisprudenza di fronte alla nostra questione, la violazione o falsa applicazione del diritto internazionale nei giudizi interni include necessariamente, in potenza o in atto, una violazione o falsa applicazione del diritto interno.

È questa una conseguenza logica irrecusabile del modo in cui il diritto internazionale diviene oggetto d'applicazione da parte delle autorità giudiziarie interne, perchè l'errore nell'interpretazione o applicazione di una categoria di norme, da cui dipende l'interpretazione o applicazione di un'altra categoria di norme, implica di necessità un errore, reale o possibile, nell'interpretazione od applicazione di queste seconde. Ma se la retta applicazione del diritto internazionale è un presupposto necessario della retta applicazione del diritto interno, e se lo scopo dell'istituto della cassazione è quello di assicurare l'esatta intelligenza delle norme giuridiche vigenti nello stato, non pare che vi sia bisogno di spender altre parole per dimostrare legittima e necessaria la funzione sua nel caso di cui parliamo. Il legislatore, che ha creato la cassazione per lo scopo in discorso, non può non avergli voluto assegnare altresì una funzione, che con questo scopo apparisce indissolubilmente congiunta. Se non m'inganno a partito, la regola già seguita praticamente dalla giurisprudenza trova in queste osservazioni, che sono poi nient'altro che un corollario di tutte le nostre ricerche intorno ai caratteri dell'applicazione del diritto internazionale nei giudizi interni, la sua completa ed esauriente dimostrazione: è ammissibile il ricorso in cas-

sazione per violazione o falsa applicazione del diritto internazionale, perchè la retta applicazione del diritto internazionale è un presupposto necessario della retta applicazione del diritto interno. Così i principî generali che ci hanno servito di guida in tutto questo studio risolvono anche il problema presente, e danno ragione del modo in cui la giurisprudenza pratica già lo aveva di fatto risoluto, pur senza avvertirne chiaramente il fondamento ed i caratteri.

La conclusione è, per natura sua, di carattere generale, e non lascia luogo a distinguere fra norme giuridiche internazionali risultanti da trattati normativi e norme stabilite dalla consuetudine. Le considerazioni che feci prima intorno all'intrinseca eguaglianza delle une e delle altre, modi diversi di manifestazione della stessa volontà, concorrono al medesimo risultato. A conferma del quale si può aggiungere altresì che la giurisprudenza non ha fatto distinzioni, o almeno non ha minimamente accennato a restringere l'ammissibilità del ricorso ai casi di violazione di un trattato: le sentenze che ho citato sopra nel testo riguardano anzi espressamente materie regolate da consuetudini; anche il maggior numero di quelle citate in nota si riferisce ai principî del diritto internazionale consuetudinario, e quando nello stesso caso si è presentato il bisogno di tener conto e di trattati e di consuetudini non si è fatto differenza alcuna fra la violazione degli uni e delle altre [1].

Questo principio è per me pienamente giustificato, sia dal rapporto che passa fra consuetudini e trattati, sia dalle ragioni che giustificano l'ammissibilità del ricorso in cassazione per violazione o falsa applicazione del diritto internazionale. Dal momento che le norme giuridiche interne si collegano indistintamente al diritto internazionale consuetudinario ed a quello stabilito coi trattati, ed anzi, data la maggiore estensione ed importanza, più spesso a quello che a questo, e dal momento

---

[1] Vedansi ad es.: cass. Torino 6 luglio 1877, *Fòro*, 1877, I, 988; cass. Firenze 21 luglio 1878, *ibid.*, 1878, I, 715; cass. Torino 22 aprile 1885, *ibid.*, 1885, I, 543.

che l'ammissibilità del ricorso deriva principalmente dalla strettissima relazione che collega l'applicazione del diritto interno e del diritto internazionale nei giudizi interni, la ragione sussiste egualmente ed ha la stessa forza di fronte alle norme consuetudinarie ed a quelle risultanti dai trattati, sicchè ogni distinzione si rivela subito razionalmente ingiustificata e praticamente dannosa. Non posso tacere tuttavia che, date certe idee prevalenti, la questione nostra parrebbe che assumesse un aspetto particolare in ordine alla violazione dei trattati; aspetto che non troverebbe riscontro allorchè la violazione cade sul diritto internazionale consuetudinario.

Il concetto, comunemente ammesso, che il trattato internazionale ha nello stato carattere e valore di legge, conduce logicamente a desumere l'ammissibilità del ricorso da questo preteso carattere del trattato; e non è difficile addurne degli esempi concreti ([1]). Il ricorso si fonderebbe allora sulla violazione di una legge interna, e non sulla violazione di una norma di diritto internazionale; talchè la questione rimarrebbe intatta per il diritto internazionale consuetudinario, e andrebbe, rispetto a questo, esaminata e risoluta con altri criteri.

Ma a noi non è difficile ormai applicare anche qui una distinzione fondamentale, più volte adoperata nel corso di questo lavoro. La violazione del contenuto materiale di un trattato, che mediante la pubblicazione è stato convertito in legge (mi si lasci per una volta adoperare, a scopo di chiarezza, l'impropria espressione), non è violazione del trattato, ma delle norme giuridiche interne emanate in esecuzione del trattato. In questo caso il ricorso per cassazione non si fonda dunque sulla violazione del diritto internazionale, bensì sulla violazione di una legge interna: siamo affatto al di fuori del problema che ci occupa. Ma quando invece, nella risoluzione di questioni pregiudiziali o incidentali, il trattato viene applicato proprio in questa sua qualità, ossia come atto giuridico internazionale

---

([1]) Vedi nota 1 a pag. 299. Il concetto ricorre assai di frequente nelle decisioni giudiziarie.

che stabilisce regole di condotta degli stati e ne determina i diritti ed i doveri, allora la sua violazione è veramente violazione del diritto internazionale, perchè l'esistenza ed il valore giuridico di quelle norme non deriva affatto dalla pubblicazione nello stato, ossia dalla volontà di questo, ma dalla volontà collettiva di più stati, che, manifestandosi in quel modo, ha dato vita a norme perfette ed obbligatorie, prima ed indipendentemente da ogni atto interno dei singoli stati [1]. La violazione del trattato è dunque altra cosa dalla violazione di legge; è vera e propria violazione del diritto internazionale. Il ricorso per cassazione, in questi casi o in questa parte, non si fonda sulla violazione di una legge interna, ma sulla violazione di una norma giuridica internazionale, che presenta gli stessi caratteri sostanziali di una regola di diritto consuetudinario, e diviene nello stesso modo e per le stesse ragioni oggetto d'applicazione da parte degli organi giudiziari dello stato.

Ho parlato di trattati costitutivi di norme giuridiche, e a questi soli ho inteso riferire il mio discorso. Invero, il ricorso per cassazione, dati i principi fondamentali di diritto pubblico interno che lo reggono, non può fondarsi che sulla violazione di norme giuridiche: se dunque il trattato, invece di stabilire regole di condotta degli stati, ha il carattere giuridico di un contratto, vien meno la premessa fondamentale dell'ammissibilità del ricorso, perchè l'interpretazione di un contratto, come tale, sfugge alla censura della corte suprema. In tal caso il trattato può costituire, rispetto alla controversia principale dedotta in giudizio, una *premessa di fatto*, il cui apprezzamento è sottratto all'esame della cassazione.

La giurisprudenza nostra, sebbene con frasi e concetti inesatti, od anche erronei, ha riconosciuto ed applicato più di una volta questo principio [2]. Così, per esempio, ha ritenuto

---

[1] Vedi sopra pag. 276 e seg.

[2] Non sarebbe però difficile addurre dei casi in cui la nostra giurisprudenza ha esaminato l'apprezzamento fatto dai giudici del merito di clausole di trattati, che avevano vera e propria natura contrattuale. Mi riferisco specialmente alle sentenze della cassazione di

che « i trattati internazionali non hanno sempre natura di vere e proprie leggi, nel qual caso soltanto la loro interpretazione può farsi secondo le norme generali e discutersi anche in cassazione, mentre le convenzioni internazionali aventi carattere meramente patrimoniale di transazione non possono essere esaminate dalla cassazione » [1]; ed in altro caso ha

---

Torino relative all'interpretazione dell'art. 8 del trattato di Zurigo: vedansi, ad es., quelle in data 8 gennaio 1876 (*Fòro*, 1876, I, 220), 22 giugno 1877 (*Giur. it.*, 1877, 996), 6 febbraio 1880 (*ibid.*, 1880, 760), 7 settembre 1880 (*ibid.*, 1880, 1314), 28 dicembre 1880 (*Fòro*, 1881, I, 283), 19 febbraio 1881 (*ibid.*, 1881, I, 553). Non escluderei davvero che su questo indirizzo possa aver influito la nota dottrina, sostenuta appunto dalla cassazione torinese, circa l'ammissibilità del ricorso per *travisamento del contratto;* ma credo di poter aggiungere altresì che, in quasi tutte le sentenze citate, l'art. 8 del trattato di Zurigo viene considerato come un riconoscimento ed un'applicazione dei principî di diritto internazionale, che regolano la trasmissione degli obblighi patrimoniali da stato a stato nei mutamenti di territorio; sicchè l'esame della cassazione si allarga assai oltre i confini di una semplice interpretazione del trattato. E da questo punto di vista, a parte naturalmente il suo valore intrinseco e la bontà dei principî applicati, la giurisprudenza della cass. di Torino non può dirsi in vero contrasto con la regola formulata nel testo.

[1] Cassaz. Firenze 3 aprile 1874, *Giur. it.*, 1874, 866. Nel caso concreto si trattava di decidere se il fondo-residuo della guardia nobile lombardo-veneta, istituita con sovrana patente del 6 settembre 1838 e disciolta il 27 maggio 1856, fosse compreso o no nelle convenzioni finanziarie del 6 gennaio 1871, con le quali l'Austria, in via di transazione, dette all'Italia la somma di 4,479,000 fiorini ed il governo italiano assunse l'obbligo di soddisfare ai debiti del governo austriaco verso le provincie cedute. Di questa sentenza, dovuta ad un eminente giureconsulto, che onorò per lunghi anni la magistratura italiana, Baldassarre Paoli, credo opportuno riportare qui le parole che si riferiscono direttamente alla nostra questione, perchè permettono davvero di rivendicare all'Italia il merito di aver iniziato quella distinzione fra trattati-normativi e trattati-contratti, che, formulata per la prima volta nella dottrina da C. Bergbohm tre anni dopo (*Staatsverträge u. Gesetze*, pag. 79 e segg.), ha acquistato dipoi un'importanza così fondamentale

detto che « le convenzioni diplomatiche, in quanto concernono interessi privati, non mutano la loro natura di contratti solo perchè sieno state approvate con legge, e conseguentemente la interpretazione data dai giudici del merito alle clausole di tali convenzioni è incensurabile in cassazione » (1).

A parte ciò che può esservi d' improprio nelle frasi, dal contenuto di queste sentenze emana un concetto profondamente giusto e vero, che gli studi più recenti hanno pienamente messo in chiaro ed illustrato. Non ogni trattato è fonte di diritto internazionale, ma soltanto quelli che hanno la natura di *accordi* (*Vereinbarungen*), atti generatori di una volontà unica giuridicamente rilevante, formata dalla riunione di più volontà particolari (2); ed a questi soli, o per dir meglio alle norme giuridiche create da questi, si può applicare il rimedio della cassazione. Gli altri trattati sono veri e propri *contratti*, perchè del contratto hanno la natura essenziale (3); ed essi

---

nella teoria delle fonti del diritto internazionale. La cosa è per me tanto più grata insieme e doverosa, in quanto che io stesso ho attribuito altra volta al Bergbohm il merito di avere, per il primo, combattuto l'opinione tradizionale, che considerava ogni trattato come fonte di diritto oggettivo. « ..... sebbene sia vero che l'interpretazione dei trattati in-
« ternazionali è d'ordinario una interpretazione giuridica, soggetta al
« sindacato della corte suprema, tuttavia a quest'effetto occorre che il
« trattato abbia per il suo fine e per le sue disposizioni carattere di
« legge, il qual carattere non poteva certo attribuirsi alle convenzioni
« finanziarie del 1871, le quali, comunque stipulate fra i due governi,
« ebbero indole pura ed esclusiva di un contratto, con cui s'intese di
« pattuire e di transigere intorno a negozi tutti pecuniari concernenti
« gl'interessi economici dei privati o degli enti morali dei due paesi ».
Vedasi anche, nella *Giurisprudenza italiana, loc. cit.*, la nota del Gabba, che approva pienamente la distinzione fatta dalla sentenza.

(1) Cass. Firenze 15 maggio 1877 (*Fòro*, 1877, I, 485), relativamente alla convenzione italo-francese 7 dicembre 1866, con cui il governo italiano assunse una parte del debito pontificio.

(2) Vedi intorno a questo concetto la mia *Responsabilità dello stato,* pag. 43 e segg., 47 e segg.

(3) *Responsabilità dello stato*, pag. 44 e segg., 47 e segg.

generano tanto poco un diritto obiettivo, quanto i contratti fra privati [1]: la violazione loro non costituisce violazione di norme giuridiche, e non può, per conseguenza, aprire l'adito al ricorso per cassazione.

Nulla esclude però, giova notarlo chiaramente, a scanso di equivoci facilissimi in una materia così delicata e complessa, che ai trattati-contratti corrispondano norme giuridiche interne, perchè qualunque diritto o dovere subiettivo internazionale dello stato può determinare in questi il bisogno di emanare comandi o divieti, per imporre ai funzionari o ai sudditi determinati obblighi o attribuir loro determinate facoltà; e nulla esclude, del pari, che, seguendo il solito procedimento, l'emanazione di queste norme avvenga indirettamente, per mezzo della pubblicazione del testo del trattato. Così, se uno stato, che succede ad un altro in una data parte del territorio, fa con questo una transazione avente per oggetto il soddisfacimento di determinate pretese, che i sudditi dell'uno o dell'altro potranno avanzare; oppure, se riceve o paga una determinata somma in correspettivo del materiale lasciato o trovato nel territorio annesso, e via di seguito, non è dubbio che si tratta di veri e propri contratti fra stati, il cui apprezzamento non può dar luogo al ricorso per cassazione, più di quello che lo possa l'apprezzamento di un contratto fra privati. Ma la pubblicazione di questi e di altri simili trattati, non accompagnata da speciali disposizioni, potrà avere per effetto, e l'avrà anzi senz'altro nel maggior numero dei casi, di attribuire ai privati il diritto di rivolgersi allo stato per ottenere il rimborso di spese fatte o il risarcimento di danni sofferti. Questo diritto non è di certo la conseguenza *diretta* del trattato, che, come atto giuridico internazionale, poteva creare diritti ed obblighi degli stati, non mai dar vita a diritti o pretese individuali: queste sono invece la conseguenza delle norme, ne-

---

[1] *Responsabilità dello stato,* pag. 56 e segg. Si perdoni al desiderio di evitare lunghe e non facili dimostrazioni, il mal vezzo di rinviare così spesso alle cose proprie. La bibliografia su queste importantissime questioni è raccolta ed indicata nelle note ai luoghi citati.

cessarie all'esecuzione degli obblighi assunti, che lo stato ha potuto e voluto emanare implicitamente, per via di riferimento al testo del trattato. La violazione di queste norme, essendo violazione di vere e proprie norme giuridiche, può senza dubbio aprir l'adito al ricorso per cassazione, il cui fondamento però non sta nella violazione del trattato-contratto, sibbene nella violazione delle norme giuridiche interne ad esso corrispondenti. In questi casi, a differenza di quel che accade rispetto ai trattati normativi, dove il sindacato della cassazione incomincia con questi e li investe, il detto esame, accettando senz'altro come punto di partenza l'interpretazione del trattato fatta dai giudici del merito, deve limitarsi a ricercare se fu rettamente interpretato ed applicato il diritto interno corrispondente; se, per esempio, data quella premessa, si è giustamente ritenuto che lo stato abbia accordato ai privati il diritto in questione imponendosi gli obblighi corrispondenti, se sussistono le condizioni per l'esercizio di quel diritto; e via dicendo.

Così la distinzione fondamentale fra trattato-contratto e trattato-normativo spiega con rigore giuridico una distinzione già intravista dalla giurisprudenza, e riceve in pari tempo da questa applicazione particolare una conferma della sua intrinseca verità ed opportunità. Ma poichè un trattato può essere, nello stesso tempo, un contratto rispetto ad alcune sue parti ed un accordo normativo rispetto ad altre ([1]), così la questione dell'ammissibilità del ricorso non dipende tanto dalla natura generale dell'atto, quanto da quella delle disposizioni che si pretendono violate. I criteri generali di distinzione, ormai del resto abbastanza chiari e sicuri, derivano dalla teoria generale del contratto e dell'accordo applicata ai rapporti internazionali ([2]). A questa rinvio senz'altro il lettore: qui basta aver

---

([1]) Confr. Bergbohm, *Staatsverträge u. Gesetze,* pag. 78; Triepel, *op. cit.*, pag. 72.

([2]) Perciò è affatto indifferente alla questione la circostanza che il trattato sia stato o no approvato dal Parlamento: così giustamente la cassazione di Firenze nella citata sentenza 15 maggio 1877 (*Fòro,* 1877, I, 485). Il problema di diritto pubblico interno relativo alla natura

messo in chiaro e dimostrato il fondamento della regola, in sè stessa certissima, che soltanto la violazione della *norma giuridica* contenuta in un trattato può dar luogo al ricorso per cassazione.

Determinata così la differenza che passa fra la violazione del trattato e la violazione delle leggi interne corrispondenti al trattato, viene in pari tempo ad essere eliminata la difficoltà che apparentemente nasceva, per ammettere il ricorso in cassazione fondato sulla violazione del diritto internazionale consuetudinario, dalla natura di legge che avrebbe il trattato di fronte ai tribunali interni; natura che certamente non si potrebbe riscontrare in verun caso nella consuetudine. Rimane invece confermata ancora una volta l'intrinseca eguaglianza, materiale e formale, fra le norme giuridiche internazionali stabilite dai trattati e quelle derivanti dalla consuetudine, e quindi la necessità logica e pratica di considerare nello stesso modo il ricorso fondato sulla violazione delle une e delle altre. D'altronde, è generalmente ammesso che anche la violazione o la falsa applicazione di una regola di diritto consuetudinario interno possa venir denunziata, almeno in certi casi e dentro certi limiti, alla corte suprema (1). E le difficoltà che s'incontrano a generalizzare questo principio, e per taluni anche ad ammetterlo, riguardo alle consuetudini interne, derivano quasi esclusivamente dalla loro prova (2): ora, queste difficoltà non esistono nel caso nostro, perchè la consuetudine internazionale, come dimostrai precedentemente (3), non può essere

giuridica della funzione esercitata dal Parlamento nell'approvazione del trattato come tale, rimane estraneo al nostro argomento.

(1) Vedansi, anche per ulteriori indicazioni di dottrina e giurisprudenza, VIVANTE, *op. cit.*, vol. I, pag. 65 e seg., MATTIROLO, *op. cit.*, vol. IV, n. 1014. E quanto al giudizio di revisione germanico, WINDSCHEID-KIPP, *op. cit.*, vol. I, § 17, nota 3.

(2) Confr. VIVANTE, *op. e loc. cit.*, specialmente la nota 35, dove esamina un'opinione del VIDARI, il quale ritiene ammissibile, anche dinanzi alla cassazione, la prova della consuetudine.

(3) Vedi sopra, pag. 280 e segg.

ignota al giudice e quindi non abbisogna di prova, nel senso ordinario della parola.

Nè credo, infine, che possa addursi come una difficoltà la disposizione di legge, la quale vuole che il ricorso contenga l'indicazione degli articoli che si pretendono violati. Anzitutto, perchè quella disposizione, fatta per un caso diverso dal nostro, non può certamente avere tanta forza da vincere le ragioni, sulle quali si fonda l'ammissibilità del ricorso in cassazione per violazione o falsa applicazione del diritto internazionale. Poi, perchè quella stessa disposizione, intesa nel senso che solo è accettabile logicamente, e che, del resto, risulta, a chi ben la guardi, anche dall'interpretazione che è venuta via via dandole la giurisprudenza pratica, non vuol significare necessità della *indicazione materiale di articoli di legge,* ma *determinazione esatta e precisa delle regole di diritto* che si pretendono violate. Ora, in questo senso, essa è pienamente giustificata, ma anche perfettamente applicabile al caso nostro. Come non può bastare l'indicazione in blocco di un gran numero di disposizioni di legge, o il riferimento generico agli articoli relativi ad una data materia, così non potrebbe certamente bastare l'affermazione generica di violazione del diritto internazionale, e neanche soltanto il riferimento complessivo ad una parte di questo, per esempio alle regole del diritto di guerra, ai principî del diritto diplomatico o consolare, e via dicendo. È necessario, invece, che sia esattamente determinato il principio giuridico o i principî che si dicono violati; e questa determinazione è ugualmente necessaria, tanto se trattasi di regole poste con un trattato normativo, quanto se trattasi di consuetudini: nel primo caso risponde pienamente allo scopo l'indicazione degli articoli del trattato; invece, nel secondo, sarà necessaria l'esatta formulazione delle regole, sulla cui applicazione od interpretazione si chiede il giudizio della magistratura suprema.

Tutto ciò riguarda, come già dissi, il diritto internazionale vigente *per lo stato.* Ma il problema assume un aspetto assai diverso, allorchè ci riferiamo al diritto internazionale che ha valore unicamente *per altri stati.* Nessuna delle ragioni, con

cui mi è parso di poter dimostrare l'ammissibilità del ricorso, mantiene allora il suo primo significato. Mancano, anzitutto, le ragioni desunte dall'intrinseca gravità ed importanza degl'interessi collegati con l'applicazione del diritto internazionale: lo stato non è tenuto ad applicare e far valere norme di diritto internazionale che non lo riguardano, se non in quel modo e per quelle ragioni per cui si deve ritenere genericamente obbligato a non disconoscere il valore giuridico e l'efficacia del diritto straniero; non vi è dunque, per questo lato, un serio motivo per escludere che esso non abbia voluto circondarne l'applicazione giudiziaria di limiti e garanzie diverse da quelle ritenute necessarie per la retta applicazione del diritto interno. Tanto più che l'erronea applicazione di norme giuridiche internazionali che non obbligano lo stato non potrebbe, in verun caso, impegnarne la responsabilità di fronte agli altri stati; e così, anche da questo punto di vista, i due casi si differenziano profondamente fra loro.

Nè si può dire che fra l'ordine giuridico interno ed il diritto internazionale vigente per altri stati corrano rapporti corrispondenti a quelli che passano fra il diritto interno ed il diritto internazionale vigente per lo stato; rapporti dai quali deriva, come abbiamo visto, che la retta applicazione del diritto internazionale è premessa e condizione necessaria della retta applicazione del diritto interno. L'applicazione del diritto internazionale vigente per altri stati ha, per natura sua, un carattere eccezionale e dipende dalle condizioni particolari del caso in cui se ne presenta il bisogno. Invece si può ben dire normale l'applicazione giudiziaria del diritto internazionale vigente per lo stato, avuto riguardo a tutti quei casi, nei quali norme giuridiche interne dipendono da diritti ed obblighi internazionali dello stato, o in qualunque modo vi si collegano. Lo stato non può a meno di presupporre nelle sue leggi l'ordine giuridico internazionale a cui è sottoposto, e di assumerlo come premessa o fondamento di numerose disposizioni del diritto interno; invece non ha, di regola almeno, ragione nè modo di collegare queste disposizioni ai rapporti internazionali di altri stati, e non si può dire, per conseguenza, che

l' esatta ed uniforme applicazione del diritto vigente nello stato presupponga l'esatta ed uniforme applicazione dei principi che regolano quei rapporti.

Queste osservazioni, del resto, non mirano tanto a dimostrare inammissibile il ricorso nel caso di cui parliamo, quanto a metterne in luce le caratteristiche differenze da quello precedentemente studiato, ed insieme, altresì, a rilevarne l'analogia con una questione più generale, lungamente discussa e tuttora variamente risoluta. Le norme giuridiche internazionali vigenti per altri stati sono, già lo vedemmo, rispetto allo stato nostro, e quindi ai suoi giudici, un *diritto straniero;* la questione di cui parliamo è dunque una parte o un aspetto del problema generale « se sia ammissibile ricorso in cassazione per violazione o falsa applicazione del diritto straniero ». Esso non ha ragione nè modo di trovar qui il suo svolgimento: rientra in un altro campo e cerca in altri criteri la sua soluzione. A noi basta osservare che le disposizioni legislative, o i principî ammessi nei vari stati per risolvere la questione generale, possono, anzi debbono logicamente, ricevere applicazione anche nel caso nostro. E così, se in uno stato, in forza di disposizioni di legge o dei principî accolti dalla giurisprudenza, si considera il diritto straniero come una *res facti*, e se ne desume l'inammissibilità del ricorso in cassazione per la violazione o falsa applicazione fattane dai giudici del merito (¹), lo stesso criterio riceverà giustamente applicazione,

---

(¹) È il principio sancito da una costante pratica delle cassazioni francese e belga. Per non fare una lunga enumerazione di sentenze, che sarebbe qui fuor di luogo, mi limito a ricordare alcuni scrittori, che più autorevolmente constatano lo stato della giurisprudenza nel loro paese, e dove posson vedersi indicate le principali decisioni: Demangeat, nel *Journ. du dr. int. pr.*, vol. I, pag. 12 e segg; Brocher, *Cours*, vol. I, pag. 155 e in nota; Colin, *Du recours en cassation pour violation de la loi étrangère*, nel *Journ. du dr. int. pr.*, vol. XVII, 1890, pag. 406 e in nota; Rolin, *op. cit.*, vol. I, pag. 771 e in nota. Del pari la giurisprudenza spagnola, come può vedersi in Torres Campos, *Principios de derecho internacional privado*, Madrid 1883,

come nel determinare la prova giudiziale del diritto internazionale vigente per i terzi stati [1], così nell' escludere che la sua violazione apra l' adito ad un ricorso innanzi la magistratura suprema. Chi, invece, parte dal principio che la violazione o falsa applicazione di un diritto straniero, nei casi in cui il giudice è chiamato a tenerne conto, equivale ad una violazione del diritto interno, o necessariamente la include, perchè, come dice uno dei più autorevoli sostenitori di quest' opinione, viola egualmente il precetto del legislatore quel giudice che non tiene conto, mentre dovrebbe, del diritto straniero, e quel giudice che, pur tenendone conto, l' applica male [2], dovrà

---

pag. 283. La giurisprudenza italiana è, su questo punto, assai più incerta che divisa: a me pare che il concetto prevalente sia di non ammettere il ricorso per violazione della legge straniera *come tale* (talora anche esplicitamente formulato, come nella sentenza della cass. di Torino 28 aprile 1893, *Mon. Trib.*, 1893, 364); ma, essendo i principî del diritto internazionale privato codificati nella legge nostra, non riesce difficile talora di sfuggire alle conseguenze di quella regola, riconducendo la violazione del diritto straniero ad un' indiretta violazione del diritto italiano. E ciò permette di spiegare gli apprezzamenti diversi, o contradittorî, che ne hanno fatto gli scrittori: così, mentre il Gianzana (*Lo straniero nel diritto civile italiano*, vol. I, parte 2ª, Torino 1884, n. 44), pur professando in teoria un' opinione diversa, crede che la giurisprudenza italiana non ammetta il ricorso, altri, come il Pierantoni (nella *Rassegna di diritto commerciale*, 1883, pag. 417) ed il Mattirolo (*op. cit.*, vol. VI, n. 1226 in nota), ritengono precisamente l'opposto.

(1) Vedi sopra pag. 293 e segg.

(2) Mi limito a ricordare fra i molti: Rocco, *Uso e autorità delle leggi del regno delle due Sicilie*, 2ª ed., Palermo 1843, vol. II, cap. 36; Pierantoni, *loc. cit.*; Gianzana, *loc. cit.*, n. 45; Fusinato, *Introduzione a un corso di diritto internazionale pubblico e privato*, parte 2ª, Lanciano 1885, pag. 109; Fiore, *Diritto internazionale privato*, vol. I, Torino 1888, pag. 265 e segg.; Mattirolo, *op. cit.*, vol. IV, n. 1012, vol. VI, n. 1226; Weiss, *op. cit.*, pag. 300; Colin, *art. cit.*, passim.; Rolin, *op. cit.*, vol. I, pag. 775 e segg. Lo stesso sostengono, relativamente al giudizio di revisione, il v. Bar, *Theorie u. Praxis*, vol. I, pag. 143, ed il Fels, *Revisionsrecht und Sonderrecht* (ap. v. Bar, note 39-40 a pag. 144).

giungere alla conclusione, che il ricorso per cassazione è ammissibile anche se la violazione cade sopra una norma di diritto internazionale in vigore fra terzi stati, di cui il giudice, date le circostanze del caso, doveva tener conto. Se, infine, messa da parte, tanto l'assurda finzione che trasforma la regola di diritto in un elemento di fatto della controversia, quanto l'ingiustificata opinione, che, confondendo due ordini di questioni sostanzialmente diverse fra loro, riconduce, negli effetti, la violazione del diritto straniero ad una violazione del diritto dello stato e dà per dimostrato precisamente quello che si tratta di dimostrare, consideriamo la violazione di una norma giuridica straniera per quello che realmente è, ossia violazione di una norma che non vige nello stato nè per lo stato, ma che tuttavia è la norma regolatrice di una data controversia; e se, con criterio più positivo e più vero, desumiamo l'inammissibilità del ricorso in cassazione dai caratteri della funzione propria di quest'istituto, ritenendo che non possa spettargli di fissare il significato delle leggi straniere appunto perchè straniere [1], potremo concludere con ogni ragione che non è ammissibile il ricorso in cassazione per violazione del diritto straniero, tanto se questo è il diritto interno di uno stato estero, quanto se è, invece, il diritto internazionale in vigore fra altri stati.

FINE

---

[1] Confr. Lyon-Caen, nel *Sirey* 81, 1, 409; Asser-Rivier, *op. cit.*, n. 14; Brocher, *Cours*, vol. I, pag. 154 e seg.; Chironi e Abello, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, Torino 1904, pag. 41.

INDICE ALFABETICO DELLE MATERIE

I numeri grandi indicano le pagine, i numeri piccoli in calce le note. Quando l' argomento è trattato nelle pagine e nelle note il rinvio è fatto semplicemente alle pagine; si indicano le note quando è trattato esclusivamente o principalmente in queste.